Bendix

Das Deutsche Bürgerliche Recht

II

Sachenrecht

Familienrecht Erbrecht

Breslau J. U. Kern's Verlag (Max Müller)

Das Deutsche Bürgerliche Recht

auf Grund des

Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches

systematisch dargestellt

von

B. Bendix,

Justizrat,

Rechtsanwalt am Königl. Landgericht zu Breslau.

Zweite umgearbeitete und vermehrte Auflage.

Zweiter Band.

Sachenrecht. Familienrecht. Erbrecht.

Breslau 1904.

J. U. Kern's Verlag

(Max Müller).

Inhalts-Verzeichnis.

Drittes Buch.
Sachenrecht.

Viertes Buch.
Familienrecht.

Erstes Hauptstück: Das Eherecht.
Erster Abschnitt: Die Eheschließung.

Zweiter Abschnitt: Wirkungen der Ehe.

A. Allgemeine Vorschriften.

B. Das eheliche Güterrecht (Art. 15, 16, 200 E.G.).

Dritter Abschnitt: Die Ehescheidung.

Zweites Hauptstück: Das Recht der Verwandtschaft.

Erster Abschnitt: Allgemeine Vorschriften.

Zweiter Abschnitt: Rechtliche Stellung der Kinder.

A. Rechtsverhältnisse der ehelichen Kinder.

B. Rechtsverhältnisse anderer als ehelicher Kinder.

Drittes Hauptstück: Vormundschaft und Pflegschaft.

Erster Abschnitt: Vormundschaft über Minderjährige.

Zweiter Abschnitt: Vormundschaft über Volljährige.

Dritter Abschnitt: Pflegschaft.

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Erster Abschnitt: Erbfolge.

Zweiter Abschnitt: Rechtliche Stellung des Erben.

Dritter Abschnitt: Testament.

A. Formelles.

B. Inhalt des Testaments.

Vierter Abschnitt: Beschränkung der Testierfreiheit.

Fünfter Abschnitt: Ausschluß des Erbrechts.

Sechster Abschnitt: Nachweis des Erbrechts.

Siebenter Abschnitt: Veräußerung der Erbschaft.

Sachregister zum zweiten Bande.

Die Zahlen beziehen sich auf die Seiten.

A.

B.

F.

G.

T.

U.

V.

Drittes Buch.
Das Sachenrecht.

Vorbemerkung.

Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache, welche ihrem Recht unterworfen ist. Dieses dingliche Recht durchdringt die Sache, es ist eine Eigenschaft des Objekts (causa rei), welche ihm derartig anhaftet, daß sie mit ihm auf jeden Erwerber von selbst übergeht; vgl. auch noch § 266 C.P.O. (R.G. 40 S. 337), §§ 325, 727 ff. das.; es verlangt deshalb Anerkennung von jedermann und besitzt absolute Geltung. Das obligatorische Recht dagegen ergreift zunächst nur den Willen der Beteiligten; es kann ohne den Willen des besonders verpflichteten Subjekts sich nicht betätigen und wirkt deshalb grundsätzlich nur relativ in der Richtung auf eine bestimmte Person. Vgl. jedoch Art. 179 E.G.

Während der Kreis der persönlichen Rechte kein begrenzter ist, obligatorische Rechtsverhältnisse durch Parteiwillen auch außerhalb der gesetzlich bestimmten Kategorien geschaffen werden können, soweit nicht eine Verletzung absolut gebietender oder verbietender Normen in Frage steht, ist die Begründung nur solcher dinglicher Rechte zulässig, welche eine reichsgesetzliche oder auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten landesgesetzliche Anerkennung und Normierung gefunden haben. Insbesondere können auch die Berechtigten, welche inhalts der §§ 9 ff. Zw.G. im Subhastationsverfahren als Beteiligte gelten, nicht um deswillen allein zu den Realgläubigern gerechnet werden, namentlich nicht der Beschlagnahmegläubiger trotz seines Anspruchs auf Befriedigung aus dem Grundstück (R.G. 12 S. 262 ff., 19 S. 300 ff.) und der Mieter (K.G. R. 02 S. 396) oder Pächter, dem auf Grund des Miet- oder Pachtrechts das Grundstück überlassen ist. Das persönliche Mietrecht unterliegt deshalb im Gegensatz zum Wohnrecht des § 1093 der Eintragung im Grundbuch nicht (R.G. 54 S. 225).

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt im Sachenrechte nur innerhalb der Grenzen, welche das Gesetz selbst den Parteien offen gelassen hat (R.G. Joh. 20 S. 91, S. 208, S. 213, 21 S. 134).

Der Begriff des obligatorischen Rechts zur Sache ist dem B.G.B. fremd.

Erster Abschnitt: Allgemeines.

§ 68.

Der Besitz (§§ 854 bis 872; Art. 180, 191 E.G.).

I. Begriff und Arten.

a) Eine Definition des Besitzes fehlt. Aber aus den gesetzlichen Bestimmungen erhellt, daß zum Besitze die tatsächliche Herrschaft über eine Sache (corpus) genügt ohne Rücksicht auf den Willen des Inhabers (animus), ohne Rücksicht darauf, ob derselbe die Sache in der Absicht, darüber für einen anderen oder für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam genommen, ob er letztere durch verbotene Eigenmacht (fehlerhafter Besitz) erlangt hat oder nicht. Ob ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis vorliegt, darüber entscheidet die vernünftige Anschauung des Lebens und Verkehrs. Der Besitz umfaßt mithin auch die bloße Innehabung (Detention), sofern nicht der Inhaber lediglich ein Besitzdiener im Sinne des § 855 ist. Deshalb gilt der Verwahrer und Finder, der die Sache an sich nimmt, ebenso wie der Mieter und Pächter als Besitzer. Auch ein Mitbesitz mehrerer an derselben Sache, sei es als Eigenbesitzer, sei es in anderer Art, z. B. Pfandbesitzer zu ideellen Teilen, compossessio pro indiviso, gemeinschaftlicher Besitz, ist zulässig.

1. Während dem Eigentümer die rechtliche Herrschaft über die Sache zusteht (§ 903), übt der Besitzer die tatsächliche Gewalt über sie aus. Dennoch knüpfen sich an den Besitz, obgleich er an sich ein bloßes Faktum darstellt, rechtliche Folgen, da er die Präsumtion des Rechts für sich hat (§ 1006); er bildet deshalb insofern ein Rechtsverhältnis (St.A. 50 S. 137), welches der Übertragung (Tradition) fähig ist und auf den Erben übergeht (§§ 854 Abs. 2, 857, 2139), auch die Feststellungsklage aus § 256 C.P.O. zuläßt. Vgl. noch §§ 992, 1007, 2169.

2. Den Gegenstand des Besitzes bilden nur körperliche individuell bestimmte (R.G. 52 S. 389, J.W. Beil. 02 S. 285, R. 03

S. 80) Sachen (§§ 90 ff.), darunter auch die Wertpapiere (oben § 9 S. 94); an dem Teile einer Sache ist Besitz denkbar, sofern die räumliche Herrschaft über diesen Teil selbständig ausgeübt werden kann (R.G. 35 S. 250 ff.), z. B. an abgesonderten Wohnräumen und anderen Räumen (§ 865), aber auch an den Bäumen eines Forstes usw. Der Besitz von Rechten, affirmativen, negativen, Untersagungsrechten wird nicht zugelassen. Vgl. jedoch §§ 1029, 1090 Abs. 2; Art. 191 E.G.[1]).

3. Kein selbständiges (R.G. R. 03 S. 180) Erfordernis bildet der Besitzwille (ψυχὴ δεσπόζοντος, animus domini). Deshalb können auch geschäftsunfähige Personen (§ 104), insbesondere Geisteskranke und Kinder selbst, unmittelbar, nicht bloß mittelbar durch ihre Vertreter besitzen. Wer aber die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen äußerlich erkennbaren Abhängigkeitsverhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, also in Ansehung dieser Sache keinen eigenen Willen haben darf, vielmehr kraft des Gewaltverhältnisses zu dem dominus lediglich dessen Willen zur Ausführung zu bringen hat, z. B. ein Dienstbote, ist Besitzdiener, trotz der Gewahrsam, nicht Besitzer (§ 855).

b) Unterschieden wird:

1. der Eigenbesitzer, z. B. §§ 836 Abs. 3, 937 ff., welcher eine Sache als ihm gehörend besitzt (§ 872), also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein (R.G. 54 S. 135), z. B. auch der Dieb, von jedem anderen Besitzer, der das fremde Eigentum anerkennt (Fremdbesitzer),

2. der unmittelbare (wirkliche, tatsächliche) Besitzer, z. B. der Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer, Beauftragte, Vertreter (Vormund, Pfleger usw.), Gerichtsvollzieher, Testamentsvollstrecker, von dem mittelbaren; ersterer hat die tatsächliche Gewalt über die Sache auf Grund eines Verhältnisses (causa), vermöge dessen er dem letzteren gegenüber auf Zeit, nicht in perpetuum, zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868). Ein abstraktes const. poss. genügt nicht, vielmehr wird erfordert, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht

[1]) Diese Vorschriften des § 1029 und Art. 191 Abs. 2 E.G. gelten für den Schutz der Ausübung einer Grunddienstbarkeit (Art. 28 A.G.), auch bevor das Grundbuch für das Grundstück als angelegt anzusehen ist; vgl. hierzu § 87 Gr.O.

oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei (R.G. 49 S. 170 ff., 54 S. 398, J.W. 02 S. 10, R. 02 S. 350). Der mittelbare Besitz kann auch mehreren Personen zustehen und zwar

entweder kumulativ dergestalt, daß die Berechtigung oder Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers, z. B. des Verwahrers, auf einem mit einer Mehrheit von Personen, z. B. mehreren Hinterlegern eingegangenen Verhältnisse beruht,

oder derivativ in der Weise, daß der mittelbare Besitzer seinerseits wiederum zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 cit. bezeichneten Art steht, z. B. im Falle der Aftermiete, wobei Vermieter und Mieter mittelbare Besitzer sind, der Untermieter den unmittelbaren Besitz hat; die causa, welche die beiden mittelbaren Besitzer verbindet, kann eine andere sein als diejenige, worauf das Verhältnis zwischen dem unmittelbaren Besitzer und seinem auctor beruht, z. B. der tatsächliche Detentor ist Verwahrer einer Sache, die der Hinterleger von einem Dritten geliehen hat.

Auch der gemeinschaftliche (§ 866) tatsächliche (unmittelbare) Besitz mehrerer (compossessio plurium pro partibus indivisis) hat Anerkennung gefunden, z. B. § 744, vgl. auch noch §§ 1081, 1206, 2032, 2040.

3. der gutgläubige und bösgläubige (redliche und unredliche) Besitzer; dem letzteren ist bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, daß ihm ein Recht zum Besitze nicht zusteht. Als mala fides superveniens wird nur die Kenntnis von dem Nichtrecht, nicht schon die grobfahrlässige Unkenntnis erachtet, z. B. in §§ 937 Abs. 2, 990 Abs. 1. Deshalb ist der Dieb z. B. zwar Eigenbesitzer, da er die Sache als sein Eigentum besitzen will, aber bösgläubig, da er weiß, daß er auf dieses Eigentum kein Recht hat, ihm der Glaube an die Berechtigung seines Besitzes fehlt. Doch kann der Eigenmächter, also derjenige, der den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, also fehlerhaft besitzt, auch gutgläubig sein (§ 2025).

II. Erwerb und Verlust des Besitzes.

a) Der Besitzerwerb vollzieht sich durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (corpore), also dadurch, daß der Erwerber die räumliche Herrschaft über die Sache, eine mittelbare oder unmittelbare Einwirkung auf sie ausübt, wobei es keinen Unterschied

macht, ob sie sich bisher in eines anderen oder niemandes Besitze befunden hat. Kinder und Wahnsinnige erlangen deshalb mit der faktischen räumlichen Herrschaft über die Sache deren Besitz. Ob die tatsächliche Gewalt erlangt ist, entscheidet die Auffassung des Lebens und Verkehrs. Der Beweis kann auch durch einzelne Handlungen geführt werden, die weder alle Teile der Sache treffen noch an sich die vollendete Omnipotenz der Herrschaft in sich fassen, aus denen sich aber doch die Fähigkeit für den Handelnden ergibt, über das Objekt ausschließlich zu verfügen (Ob.Trib. 55 S. 208). Gelangt jedoch der Gegenstand in den Machtbereich einer Person, ohne daß sie einen Akt der Einwirkung auf ihn vornimmt, so wird der Besitz nicht erworben (§§ 867, 1005). Ebensowenig entsteht Besitz in den Fällen bloß momentaner Detention. Ausnahmsweise bedarf es einer an der Sache selbst vorgenommenen Besitzhandlung seitens des Erwerbers nicht

1. im Falle des konsensualen Besitzwechsels, der Tradition; hier genügt neben dem Einverständnis des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, daß jener sich des Besitzes zum Vorteil des Erwerbers entschlagen, letzterer und nicht mehr ersterer Besitzer sein solle, daß der Erwerber nur in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, daß seiner tatsächlichen Herrschaft über dieselbe auch vor erfolgter Einwirkung kein Hindernis mehr im Wege steht. In solcher Weise wird die symbolische Übergabe (durch Zeichen), z. B. durch Anschlag mit dem Forsthammer, Aushändigung der Schlüssel zu einer gemieteten Wohnung, zum Besitzerwerbe ausreichen. — Die Einigung der Beteiligten stellt sich als ein dinglicher Vertrag dar; der Erwerber ist Nachfolger im Besitz, sukzediert in denselben (§ 858 Abs. 2). Hieraus folgt, daß ein Geisteskranker nicht rechtsgeschäftlich tradieren kann, der Besitzerwerb findet in solchem Falle erst durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache statt. Das gleiche gilt bei Übergabe seitens eines Nichtbesitzers, z. B. eines Besitzdieners (§ 855), da nur beim Einverständnis des bisherigen Besitzers von dem Erfordernis der Einwirkung durch den Erwerber abstrahiert wird (St.A. 94 S. 360).

Soll die Tradition von A an B erfolgen, der Vertreter des letzteren aber C hat die unausgesprochene Absicht, für sich zu erwerben, so geht dennoch der mittelbare Besitz auf B über (§ 164 Abs. 2); will dagegen A und C tradieren, während dieser im Einverständnis mit B als dessen Beauftragter den Besitz für B zu erwerben intendiert, so wird C unmittelbarer, B mittelbarer Besitzer (R.G. 30 S. 143, J.W. 03 S. 129). Der Frachtführer ist nicht Stellvertreter des Adressaten, des-

halb geht Besitz und Eigentum der Ware beim Distanzegeschäft erst mit dem Erlöschen des Verfügungsrechts des Absenders gemäß §§ 433 Abs. 2, 434 ff. H.G.B. bzw. mit der Ablieferung an den Adressaten auf diesen über.

Die Übertragung des mittelbaren Besitzes kann auch dadurch erfolgen, daß dem Erwerber der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird (§ 870); in dem Moment der rechtswirksamen Abtretung (§§ 398 ff.) ist der Besitz erworben ohne Rücksicht darauf, ob der unmittelbare Besitzer von der Abtretung Kenntnis erlangt hat oder nicht (Ob.Trib. 12 S. 172; O.H.G. 11 S. 22; R.G. 22 S. 332)[1]),

2. im Falle des Erbgangs; der Erbe sukzediert in den Besitz, er wird mit dem Tode des Erblassers auch ohne Besitzergreifung Besitzer der von dem Erblasser besessenen Gegenstände und genießt, abweichend von Pr. Ob. Trib. 18 S. 3, den Besitzschutz; vgl. noch § 2025,

3. wenn nach Landesgesetz, z. B. im Zusammenlegungsverfahren, die Besitzübergabe durch Besitzüberweisung seitens der Verwaltungsbehörde ersetzt ist (R.G. R. 02 S. 372).

b) Der Besitzverlust tritt ein vel animo vel corpore, also dadurch, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache

entweder aufgibt (animo),

oder in anderer Weise verliert (corpore),

aber in Ansehung des tatsächlichen Besitzes nicht schon dadurch, daß die Berechtigung zum zeitweisen Besitz fortfällt (§ 868); der detinierende Mieter bleibt also auch nach Ablauf der Mietzeit Besitzer.

1. Der Besitzer gibt die Herrschaft über die Sache auf, wenn er nicht mehr besitzen will und diesen Entschluß durch Worte oder konkludente Handlungen äußert (Dereliktion).

2. Der Besitz wird aber auch beendet, wenn der Besitzer die Herrschaft über die Sache nicht mehr ausüben kann, wenn ihm die Einwirkung auf dieselbe unmöglich geworden ist. Eine ihrer Natur nach vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt, z. B. während eines Schlafes, zeitweiser Abwesenheit, Erkrankung, reicht jedoch nicht aus. Das Ende des Besitzes tritt dagegen ein, wenn die Sache dem Besitzer gestohlen wird, obwohl ihm die Befugnis zur Wiederbemächtigung (§ 859) zusteht.

---

[1]) Vgl. noch §§ 929, 930, 1117, 931, 1032, 1205, 1206.

c) Auch durch Dritte, Stellvertreter im uneigentlichen Sinne, kann der Besitz erworben werden. Solch ein Dritter ist

entweder unmittelbarer Besitzer, z. B. der Mieter, Pächter, Spediteur, Frachtführer, Vormund, Pfleger, Gerichtsvollzieher, Finder; dieser übt den Besitz tatsächlich aus, ist wahrer Besitzer, vertritt jedoch zugleich kraft gesetzlicher Fiktion während der Dauer seiner zeitweisen Berechtigung oder Verpflichtung — bei Nichtigkeit der causa entsteht mithin mittelbarer Besitz nicht — denjenigen, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, den mittelbaren Besitzer, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder Unkenntnis seiner Person, im Besitz,

oder nur Besitzdiener, z. B. der Dienstbote, Lehrling; dieser ist selbst nicht Besitzer, sondern übt auch die tatsächliche Gewalt lediglich für den dominus aus, er macht letzteren selbst bei dessen Unkenntnis von ihrer Erlangung zum Besitzer; dem Satze: ignoranti non acquiritur possessio ist somit auch hier die Anerkennung versagt. Hiernach erwirbt der Hausherr den Besitz eines an ihn adressierten, in seiner Abwesenheit von dem Stubenmädchen angenommenen Pakets trotz seiner Unkenntnis von dessen Eingang. Ausnahmsweise ist jedoch der Besitzdiener, obwohl nicht Besitzer, zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte der Selbstverteidigung und Selbsthilfe befugt. —

Für den Verlust des Besitzes durch Dritte, Stellvertreter im uneigentlichen Sinne, kommt folgendes in Betracht:

1. Sobald der unmittelbare Besitzer oder der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sache verliert, ohne daß der mittelbare Besitzer oder der dominus sie erlangt, hört auch der Besitz des mittelbaren Besitzers bzw. des dominus ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis des Ereignisses in der Regel auf; findet aber z. B. ein Dritter eine von dem Besitzdiener verlorene Sache, so wird der dominus mittelbarer Besitzer.

2. Der mittelbare Besitz hört ferner mit dem Wegfall des Rechtsverhältnisses, auf dem er beruht (§ 868), von selbst auf, z. B. ex tunc nach erfolgreicher Anfechtung der ihn begründenden causa (§ 142), ex nunc z. B. nach Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses.

3. Die Regel: „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest“ hat Billigung nicht gefunden. Gibt der Besitzdiener den Vertretungswillen in erkennbarer Weise auf und übt er die tatsächliche Gewalt nicht mehr für den dominus aus, sondern lediglich für sich, z. B.

bei Veruntreuung, so hört der Besitz des bisher vertretenen Besitzers auf; der Besitzdiener erwirbt in einem solchen Falle eigenen Besitz. Dem bisherigen Besitzer ist alsdann die Sache wider Wissen und Willen abhanden gekommen (§ 935).

III. Der Inhalt des Besitzrechts.

a) Der possessorische Schutz richtet sich gegen verbotene Eigenmacht. Solche liegt vor, wenn ein Doppeltes zusammentrifft:

1. der Besitz entzogen oder gestört, also entweder der bisherige Besitzstand gänzlich aufgehoben, beseitigt oder nur ein unmittelbarer oder mittelbarer Eingriff in denselben, z. B. durch tatsächliche Hinderung einer Besitzhandlung, durch Einführung von Drainröhren in fremden Boden (St.A. 80 S. 117), Entfernung von Grenzsteinen (St.A. 94 S. 319), Vornahme einer Pfändung (Ob.Trib. 48 S. 1), bewirkt wird; auch eine mündliche Drohung an Ort und Stelle kann genügen, wenn deren alsbaldige Verwirklichung zu besorgen ist;

2. die Besitzentziehung oder Störung ohne den Willen des Besitzers, insbesondere vi, clam erfolgt; dessen Unkenntnis genügt zur Annahme der Widerrechtlichkeit (St.A. 38 S. 236), nur seine Zustimmung — diese wird sich der Vermieter z. B. schon im Mietkontrakt erteilen lassen können — schließt sie aus; der Konsens eines geschäftsunfähigen Besitzers genügt zum Ausschluß nicht.

Subjektive Widerrechtlichkeit wird nicht erfordert (K.G. R.d. O.L. 6 S. 257, R.G. J.W. Beil. 03 S. 102); vgl. dagegen §§ 992, 1007, 2025.

Verbotene Eigenmacht liegt aber nicht vor, sofern ausnahmsweise das Gesetz die Besitzentsetzung oder Störung gestattet, ein Recht hierzu begründet ist, z. B. nach den §§ 228, 229, 859, 860; § 808, C.P.O., die den Besitzstand alterierende Handlung sich mithin als Ausfluß eines solchen Rechts darstellt (St.A. 4 S. 5, 90 S. 325), während die Berechtigung zum Besitz allein nicht ausreicht, um die verbotene Eigenmacht zu beseitigen.

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft; diese Fehlerhaftigkeit muß auch der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen und zwar der Erbe (Universalsukzessor) des Eigenmächters schlechthin, ein Singularsukzessor dann, wenn er bei dem Erwerbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kennt; eine spätere Kenntnis ist unschädlich (§ 858 Abs. 2).

b) Der Besitzschutz wird dem Besitzer in dreifacher Weise gewährt:

1. durch die Befugnis zur Selbstverteidigung und Selbsthilfe,

2. durch staatlichen (gerichtl.) Beistand, durch die Befugnis zur Erhebung der Besitzstörungs- und Besitzentziehungsklage,

3. durch ein allgemeines Zutritts- und Abholungsrecht der auf einem anderen Grundstück befindlichen Sache.

1. Der unmittelbare, nicht mittelbare (?), Besitzer und ebenso der Besitzdiener, dieser selbstverständlich nur gegen Dritte, nicht gegen den dominus, ist berechtigt, jeden Versuch der widerrechtlichen Beeinträchtigung seines Besitzstandes als vis aggressiva selbst mit Gewalt abzuwenden und sich in dieser Weise sowohl gegen den Täter, wie gegen einen einem solchen rechtlich gleichstehenden Besitznachfolger (§ 858 Abs. 2) zu verteidigen. Eine derartige Verteidigungsmaßregel, die auch in Tätlichkeiten gegen die Person bestehen kann, ist nicht bloß nicht widerrechtlich, sondern positiv erlaubt (melior condicio possidentis). Darüber hinaus steht dem Besitzer wie dem Besitzdiener gegen eine widerrechtliche Besitzentziehung, obwohl mit dieser der bisherige Besitz aufhört, auch das Selbsthilferecht zu, selbst wenn die Voraussetzungen des § 229 nicht vorliegen. Er ist hiernach befugt, sich des Gegenstandes wieder zu bemächtigen, und zwar wenn es sich handelt:

α) um eine bewegliche Sache, selbst unter Anwendung körperlicher Gewalt, aber nur gegen den auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter, z. B. den Dieb, oder einen Besitznachfolger, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß, z. B. einen Hehler (§ 858 Abs. 2),

β) um ein Grundstück, unter Ausschluß körperlicher Gewalt; auch darf die Entsetzung des Täters oder eines Besitznachfolgers der erwähnten Art (§ 858 Abs. 2 cit.) hier nur sofort nach der Entziehung erfolgen; erfährt der bisherige Besitzer bzw. sein Besitzdiener von einer solchen erst später, so ist das Wiederbemächtigungsrecht ausgeschlossen (§§ 859, 860).

2. Die possessorischen Rechtsbehelfe, die Besitzentsetzungs- und Besitzstörungsklage, interdictum recuperandae possessionis, uti possidetis schützen den Besitz als solchen, um seiner selbst willen, das Recht des Besitzes, nicht das bessere Recht zum Besitze (petitorische Klage). Eine Verbindung der possessorischen und petitorischen Klage ist nicht ausgeschlossen, gegenüber der ersteren erscheint aber eine Widerklage aus dem Recht zum Besitze unzulässig (§ 33 C.P.O.;

§ 863; R.G. 23 S. 396 ff.). Die beiden possessorischen Interdikte stellen nicht inhaltlich, sondern nur umfänglich verschiedene Ansprüche dar, so daß bei dem Übergang von dem einen zum anderen Klageänderung nicht vorliegt.

α) Aktiv legitimiert ist der Besitzer (Detentor), dessen Besitzstand widerrechtlich aufgehoben oder gestört wurde, also der Eigenbesitzer sowohl wie der Fremdbesitzer, z. B. der Verwahrer, auch sein Erbe, der nicht bloß die von dem Erblasser angestrengte Klage fortsetzen, sondern auch wegen einer gegen diesen oder gegen ihn selbst noch vor seiner Besitzergreifung (§ 857) vorgenommenen Turbation, die Klage erheben darf, aber nicht der Singularsukzessor wegen einer Störung seines Vorgängers, ebensowenig der bloße Besitzdiener, dem nur die Selbstverteidigungs- und Selbsthilfebefugnis zusteht; dagegen ist klageberechtigt der Mitbesitzer mit der aus dem § 866 ersichtlichen Einschränkung in Ansehung seiner Genossen, ferner der nur mittelbare Besitzer, z. B. Vermieter, Verpächter, in Gemäßheit des § 869, also dann, wenn gegen den unmittelbaren Besitzer die verbotene Eigenmacht verübt wurde. Zugelassen ist deshalb das poss. des Eigentümers eines Sees gegen denjenigen, der den Fischern, an welche er die Fischerei verpachtet, die Fischereigerätschaften gepfändet hat (St.A. 16 S. 84). Die Konkurrenz der Ansprüche des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers kann allerdings zu Komplikationen und abweichenden Entscheidungen in den von einander getrennten Prozessen führen. Indessen bedarf der mittelbare Besitz des Schutzes, zumal wenn der unmittelbare Besitzer an einem Vorgehen gehindert ist oder mit dem Täter nachträglich kolludiert. Selbst nach rechtskräftiger Verurteilung des letzteren auf die Klage des mittelbaren Besitzers wird, solange die Restitution nicht erfolgt, die Klagebefugnis des mittelbaren Besitzers fortbestehen. — Auf die Redlichkeit und Rechtmäßigkeit des Besitzes kommt es nicht an; auch wer fehlerhaft besitzt, wird geschützt, vgl. jedoch §§ 861 Abs. 2, 862 Abs. 2.

β) Passiv legitimiert ist

αα) bei dem interd. recup. poss. derjenige, welcher dem (dejizierten) Besitzer gegenüber fehlerhaft besitzt, also der unmittelbar oder mittelbar besitzende Eigenmächter selbst oder der ihm rechtlich gleichstehende Sukzessor (§ 858 Abs. 2), nicht der bloße Besitzdiener, da er nicht Besitzer ist [1]),

ββ) bei der Besitzstörungsklage der Täter, auch sein Erbe, nicht aber ein Singularsukzessor; hat ein Vertreter im Sinne

[1]) Vgl. noch § 76 C.P.O. (laudatio auctoris).

des § 164, z. B. der Vorsteher einer Aktiengesellschaft für diese, die Störung bewirkt, so haftet der Vertretene (Ob.Trib. 18 S. 11).

γ) Der Anspruch richtet sich

αα) bei der Besitzentziehungsklage: auf Wiedereinräumung des durch die verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes, nicht auf Schadenersatz; klagt der mittelbare Besitzer, so fordert er die Restitution an den bisherigen unmittelbaren Besitzer, er verlangt nur ausnahmsweise, wenn dieser den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird,

ββ) bei der Besitzstörungsklage: auf Beseitigung des in seiner Wirkung noch fortdauernden Eingriffs, also auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch eine positive Tätigkeit des Beklagten (§§ 887, 888 C.P.O.), dagegen nicht auf Schadenersatz, wohl aber bei Besorgnis weiterer Störungen, wie z. B. nach den §§ 12, 1004, 1027, 1053, 1134, auch auf Unterlassung (§ 890 C.P.O.). War früher einmal Anlaß zu solcher Besorgnis gegeben, ist er aber in den Verhältnissen nicht mehr begründet, so kann aus dem verflossenen Zustande ein Klagerecht nicht hergeleitet, dagegen, auch wenn eine körperlich fortdauernde Störung nicht mehr vorliegt, der Unterlassungsanspruch allein geltend gemacht werden, sofern nur die Besorgnis weiterer Störungen gerechtfertigt erscheint.

δ) Der Klagegrund der Besitzklagen ist kein petitorischer; aus dem Rechte des Besitzes, nicht aus dem Recht zum Besitze wird Restitution gefordert. Hieraus folgt für die Verteidigung des Beklagten:

αα) Ein aus dem Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung hergeleiteter Einwand ist an sich unerheblich, solches Vorbringen kann lediglich zur Begründung der Behauptung dienen, daß die Entziehung oder Störung des Besitzes in casu nicht verbotene Eigenmacht, vielmehr durch den Konsens des Besitzers oder das Gesetz, z. B. nach den §§ 228, 229, 859, 860 gestattet sei (§§ 863). Vgl. jedoch § 864 Abs. 2.

ββ) Dagegen ist die exc. (replica) vitiosae possessionis ab adversario zulässig und der possessorische Anspruch deshalb ausgeschlossen, wenn der entzogene oder gestörte Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft (§ 858 Abs. 2) war — die Fehlerhaftigkeit einem Dritten gegenüber reicht nicht aus (St.A. 11 S. 89, 89 S. 297; Ob.Trib. 35 S. 20) — und in dem letzten Jahre vor der Entziehung bzw.

Störung erlangt worden ist. Beide Momente müssen zusammentreffen, um trotz der Turbation die Besitzklage zu beseitigen (§§ 861 Abs. 2, 862 Abs. 2). Wer sich also mittelst verbotener Eigenmacht gegenüber dem derzeitigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger, z. B. dessen Verkäufer, in den Besitz einer Sache gesetzt hat, findet in possessorio keinen Schutz, vorausgesetzt, daß dieser vitiöse Erwerb nicht schon länger als ein Jahr vor dem den Anspruch an sich begründenden Eingriff zurückliegt.

ε) Der Anspruch aus der Turbation, der widerrechtlichen Entziehung oder Störung des Besitzes, erlischt (§ 864)

αα) infolge Zeitablaufs, nämlich mit dem Ablauf eines Jahres (Präklusivfrist) nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn er nicht vorher im Wege der Klage geltend gemacht wird;

ββ) mit der nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil erfolgten Feststellung, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner an sich widerrechtlichen Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. Petitorium und possessorium beruhen auf verschiedenen selbständigen Klagegründen, in der Anstellung des ersteren kann ein Verzicht auf das letztere nicht gefunden werden, ebensowenig hat die Besitzklage gegenüber der Rechtsklage die Natur eines bloß präparatorischen Anspruchs. Dem Satze „petitorium absorbet possessorium“ kann mithin nur die beschränktere Bedeutung beigemessen werden, daß erst die Rechtskraft eines dem Täter günstigen, sein Recht zum Besitze in einer für den anderen Teil wirksamen Weise, also nicht bloß in den Elementen der Entscheidung, feststellenden Urteils (§§ 322 ff. C.P.O.) den Anspruch aus dem Besitze zum Erlöschen, folgeweise eine bereits angestrengte Besitzklage des Gegners zur Abweisung bzw. Erledigung bringt. In einem solchen Falle wäre es nur ein dem Rechtsbewußtsein unverständlicher Umweg, wenn zuvörderst der Täter die possessorische Restitution und alsdann der andere Teil als Sieger im Besitzprozeß die materielle Restitution zugunsten des Täters bewerkstelligen müßte. Aber immer wird vorausgesetzt, daß die Rechtskraft der petitorischen Entscheidung erst nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht eingetreten ist.

3. In Erweiterung der gemeinrechtlichen actio ad exhibendum kann der Besitzer einer Sache, aus dessen Gewalt sie durch irgend welche Umstände, durch Zufall oder fremdes Zutun oder eigenes Verschulden auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grund-

stück gelangt ist, der mittelbare Besitzer jedoch nur unter der in dem § 869 angegebenen Voraussetzung, daß nämlich der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, von dem Grundstücksbesitzer, dem mittelbaren und unmittelbaren Eigenbesitzer, aber auch z. B. dem Pächter, jedoch nicht von dem bloßen Besitzdiener, die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung verlangen (§ 867)[1]. Beim Vorhandensein mehrerer Grundstücksbesitzer wird es behufs Realisierung des Anspruchs in der Regel der Verfolgung des Anspruchs gegen alle bedürfen. Der Anspruch besteht nicht, sofern die Sache inzwischen in Besitz genommen wurde; alsdann steht dem bisherigen Besitzer je nach den obwaltenden Umständen eine Reihe anderer Rechtsbehelfe, der Exhibitionsanspruch aus den §§ 809 ff., die Besitzklage, die Rechtsklage, die Kondition zu Gebote.

Der Grundstückbesitzer hat Anspruch auf Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstehenden Schadens und kann denselben in jeder gesetzlich zulässigen Weise durch Klage, Widerklage usw. geltend machen. Er ist aber auch schon bei Besorgung der Entstehung eines Schadens zur Ablehnung des gegnerischen Verlangens bis zur Leistung einer Sicherheit (§§ 232 ff.) befugt, es müßte denn mit dem Aufschube Gefahr verbunden und deshalb die Weigerung unzulässig sein.

c) Im Verhältnis mehrerer Mitbesitzer (comp. pro indiviso, gemeinschaftlicher Besitz) zu einander findet ein Besitzschutz durch Selbstverteidigung und Selbsthilfe oder staatlichen Beistand insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt (§ 866); gegenüber einer Überschreitung dieser Gebrauchsbefugnis durch einen Genossen kann nur ein petitorischer Anspruch geltend gemacht werden. Um die Grenzen der Befugnisse handelt es sich aber nicht, wenn durch den Eingriff, die einseitige Disposition des Mitbesitzers, der andere von der tatsächlichen Herrschaft ganz und gar ausgeschlossen wird (St.A. 34 S. 48).

§ 69.

Rechte an Grundstücken (§§ 873 bis 902).

I. Die rechtsgeschäftliche Erwerbung, Belastung, Aufhebung und Änderung von Rechten (§§ 873 bis 878).

a) Der Eintritt der Rechtsänderung in Ansehung eines Grundstücks, mag es sich um die Übertragung des Eigentums an demselben

[1] Vgl. auch § 1005.

oder seine Belastung mit einem Rechte, z. B. einem Erbbaurechte (§§ 1012 ff.), einer Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff.) oder um die Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts oder um Änderungen seines Inhalts, z. B. Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek (R.G. R. 03 S. 149), handeln, erfordert [1]) zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich ein Doppeltes (§ 873 Abs. 1):

1. Die Einigung des Berechtigten (Passivbeteiligten) und des anderen Teils, gerichtet auf die Schaffung des dinglichen Rechtszustandes [2]), nicht auf die Erzeugung einer bloß obligatorischen Verpflichtung; dieser sogenannte materielle Konsens der Beteiligten ist seinem Begriffe nach ein abstraktes, von der materiellen causa, einem Titel, unabhängiges Rechtsgeschäft, ein dinglicher, unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichteter (R.G. 48 S. 135) Vertrag, mit selbständiger Bedeutung und dinglicher Wirkung (materielles Konsensprinzip); er verpflichtet nicht und erzeugt keinen Anspruch, er schafft in Verbindung mit der Eintragung (R.G. 46 S. 228) das Recht; der Verpflichtungsgrund zu dieser Schaffung kann in einem abstrakten oder materiellen Schuldverhältnis bestehen, beispielsweise in einem Kauf, einer Schenkung, einem Vermächtnis.

2. Die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch (Eintragungsprinzip) [3]); diese Eintragung schafft nicht formelle Rechtskraft, bewirkt vielmehr die Rechtsänderung nur auf Grund des dinglichen Vertrags, erzeugt sie also mangels eines gültigen Konsenses, bei dessen Unwirksamkeit nicht, soweit nicht zum Schutze gutgläubiger Dritter Abweichendes verordnet ist.

1. Die Einigung der Beteiligten stellt sich als Verfügung (§ 1396) durch Vertrag dar und unterliegt in Ermangelung abweichender Bestimmungen den allgemeinen Grundsätzen über Rechtsgeschäfte und Verträge, insbesondere z. B. der §§ 116 ff., 130 ff., 145 ff., 177 (R.G. Joh. 22 S. 147). Deshalb ist die Auflassung insoweit nichtig, als sie

[1]) Das Gesetz schreibt in einzelnen Fällen, z. B. §§ 1117, 1188 Abs. 1, 1196 Abs. 2, andere Erfordernisse vor. Vgl. noch Art. 110 ff., insbesondere 113, 187 ff. E.G.

[2]) Eine ausdrückliche Bewilligung der Eintragung ist nicht erforderlich (R.G. Joh. 24 S. 231).

[3]) Das Grundbuchamt ist befugt, nach seinem Ermessen bei Fassung des Eintragungsvermerks zu bestimmen, was in den Vermerk selbst aufzunehmen, soweit nicht die Aufnahme, z. B. in § 1115, gesetzlich vorgeschrieben ist, und was durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung mittelbar zur Eintragung zu bringen sei (R.G. 50 S. 153, J.W. Beil. 03 S. 61).

dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten nicht entspricht, insbesondere also, wenn der Veräußerer die Auflassung des ganzen Grundstücks erteilt, obwohl nach seinem und des Erwerbers übereinstimmenden Willen nur ein bestimmter Teil aufgelassen werden soll (R.G. 20 S. 225, 28 S. 307, 46 S. 228). Dieses dingliche Rechtsgeschäft der Einigung, auf welches sich der § 873 bezieht, ist auf der einen Seite von dem ihm zumeist unterliegenden obligatorischen Grundgeschäft (R.G. 50 S. 82), auf der anderen von der Eintragungsbewilligung (§ 19 Gr.O.) wesentlich verschieden; letztere bildet lediglich einen Bestandteil des Grundbuchverfahrens und ist ebenso wie der Eintragungsantrag in der Einigung implicite mitenthalten (R.G. 54 S. 383).

Die Einigung kann der Eintragung auch nachfolgen, vgl. jedoch § 20 Gr.O. Vor der Eintragung ist sie für die Beteiligten erst bindend (§ 873 Abs. 2), wenn entweder die beiderseitigen Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet (§ 128) oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind, oder aber wenigstens der Berechtigte (R.G. 54 S. 364) dem anderen Teile eine dem § 29 Gr.O. entsprechende, also z. B. eine öffentlich beglaubigte, Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat (vgl. noch Art. 142 E.G.). Die Bindung schließt den Widerruf aus, sie hat zur Folge, daß der Berechtigte über das Grundstück bzw. das Recht nicht mehr rechtswirksam verfügen kann. Die Erklärung des Berechtigten wird trotzdem (§ 878) durch den nachträglichen Eintritt einer bezüglichen Verfügungsbeschränkung desselben unwirksam, sie müßte denn für ihn nicht bloß bindend geworden, sondern auch der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte bereits gestellt sein [1]). Deshalb wird z. B. der Eigentumserwerb durch eine nach der Auflassung über das Vermögen des Veräußerers erfolgte Konkurseröffnung unbeschadet der Zulässigkeit der Anfechtung aus §§ 29 ff. K.O. nicht mehr berührt (R.G. 51 S. 284; § 15 K.O.). Würde der Antrag auf Eintragung lediglich auf Grund eines obligatorischen Rechtsgeschäfts gestellt, z. B. auf Grund des § 648 der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung, so würde der nachträgliche Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Grundstückseigentümers bzw. Berechtigten, z. B. durch Konkurseröffnung, dem Rechte des Vorgemerkten die Wirksamkeit nach Maßgabe des § 15 cit. nehmen. Hat der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine Löschungsbewilligung ausgestellt, so wird dieselbe mit der Konkurseröffnung, wenn sie nicht vorher mit dem Löschungsantrage beim Grundbuchamte

---

[1]) Vgl. § 18 Gr.O.

eingereicht ist, unwirksam und die Löschung ist abzulehnen (K.G. R. 02 S. 206). Für einzelne Fälle der Einigung, z. B. die Auflassung (§ 925), sowie die Bestellung und Übertragung des Erbbaurechts (§§ 1015, 1017)[1] ist eine besondere Form der Einigung, die Erklärung vor dem Grundbuchamt bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile, vorgeschrieben (§§ 20, 84 Gr.O.).

Obligatorische Verträge, die zu einer dinglichen Rechtsänderung verpflichten, bedürfen nicht der in § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Form. Sie sind formlos wirksam, soweit nicht eine besondere Form nach der Art der causa, z. B. in § 313 oder § 518, vorgesehen ist (R.G. 48 S. 135, 50 S. 82, 83, R. 01 S. 562, 02 S. 236, J.W. Beil. 02 S. 233).

2. Die Eintragung[2] soll — die Nichtbeobachtung einer Sollvorschrift hat die Unwirksamkeit nicht zur Folge —, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, nur erfolgen

α) auf Antrag[3]. Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, der verlierende, leidende Teil (K.G. Joh. 23 S. 115), der Passivbeteiligte, oder derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, der gewinnende, begünstigte Teil, der Aktivbeteiligte (§§ 13 ff. Gr. O.). Die regelmäßige Voraussetzung für den Antrag bildet die vorbehaltlose und unbedingte (K.G. R. d. O.L. 6 S. 477) Bewilligung des Passivbeteiligten, der einseitige sogenannte formelle Konsens. Der Nachweis des dinglichen Geschäfts bildet also grundsätzlich keine Voraussetzung (K.G. Joh. 21 S. 306) des Bucheintrags, vielmehr genügt regelmäßig die Eintragungsbewilligung, welche die Einigung nicht ersetzt, in dieser aber implicite mitenthalten ist. Der Nachweis formgerechter Einigung wird für die Buchung nur im Falle der Grundstücksauflassung, sowie der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts und der in dem Art. 63, 68 E.G. bezeichneten Rechte erfordert[4] (§§ 19, 20, 28, 29, 84 Gr.O.); die Eintragungsbewilligung[5] ist hier

---

[1]) Vgl. Art. 63, 68 E.G.

[2]) Vgl. §§ 874, 885 Abs. 2, 1115; § 50 Gr.O.; Art. 68 E.G.

[3]) Vgl. Art. 4 und 5 A.G. z. Gr.O. Eintragungen von Amts wegen kommen beispielsweise vor in §§ 49, 54 Gr.O.; § 130 Zw.G.

[4]) Vgl. Art. 196 E.G.

[5]) Die Bewilligung in Verbindung mit dem entsprechenden Eintragungsantrag stellt sich als die zur Rechtsänderung erforderliche Einigung, insbesondere auch im Falle der Übertragung des Grundstückseigentums (Auflassung) dar (R.G. 54 S. 385, R. 03 S. 401, J.W. Beil. 03 S. 80).

weder ausreichend noch erforderlich. Aber auch in diesen Fällen werden die Erklärungen durch die rechtskräftige Verurteilung ersetzt (§§ 894, 898 C.P.O.);

β) wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, der durch die Eintragung an seinem Rechte verlierende Teil (K.G. Joh. 23 S. 115), der Passivbeteiligte, als der Berechtigte (R.G. 54 S. 364) eingetragen ist (§ 40 Abs. 1 Gr.O.). Ausnahmen sind z. B. in den §§ 40 Abs. 2 und 41 das. zugelassen. Hiernach kann auch der Alleinerbe (nicht bloß Miterben) auflassen, ohne eingetragen zu sein. Die Vorschrift des § 41 cit. bezieht sich, auch soweit es sich um Übertragung des Eigentums handelt, nicht nur auf den unmittelbaren Erben, sondern auch auf Erbeserben und alle Personen, auf die das Recht durch weitere Erbgänge übergegangen ist (R.G. 53 S. 298ff., R. 03 S. 157; K.G. Pr. J.M.Bl. 03 S. 116)[1]);

γ) bei Vorlegung

αα) des über die Post bereits gebildeten Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefes (Ausschlußurteils) nach Maßgabe der §§ 42, 43 Gr.O.; § 131 Zw.G.,

ββ) der einer Sicherungshypothek (§§ 1187, 1185 Abs. 1) zugrunde liegenden Inhaber- und Ordrepapiere (§ 44 Abs. 1, dagegen Abs. 2 Gr.O.).

Der Eintragung bedarf auch die Bestimmung des Höchstbetrages des Wertersatzes, wenn sie bei Belastung des Grundstücks mit einem nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichteten Rechte, z. B. Erbbaurecht, Dienstbarkeit, Reallast, gemäß § 882 getroffen wird (§§ 91, 92 Zw.G.). — Nach der in dem Eintragungsvermerke kundgegebenen Auffassung des Grundbuchrichters bestimmt sich der buchmäßige Rechtserwerb, bis eine Änderung der Eintragung stattfindet (K.G. Joh. 5 S. 103).

b) Auch die Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke setzt mangels anderweiter, ein plus oder minus erfordernder gesetzlicher Vorschrift, z. B. der §§ 928 Abs. 1, 1183, 1192 (§ 27 Gr.O.)[2]) ein Doppeltes (§ 875) voraus:

1. die einseitige (K.G. Joh. 25 S. 275) Aufgabe(Verzichts)-erklärung des Berechtigten (§§ 116ff., 130ff.). Dieselbe muß, um

---

[1]) Vgl. noch §§ 792, 896 C.P.O.

[2]) Vgl. wegen Erteilung von Unschädlichkeitszeugnissen Pr. G. v. 3. 3. 50, 27. 6. 60, 12. 4. 85, 22. 4. 86, 12. 4. 88, 25. 3. 89 / 19. 8. 95, 15. 7. 90; dazu Art. 19, 20 A.G.; Art. 20 A.G. z. Gr.O. (Art. 120 E.G.).

wirksam zu sein, gegenüber, nicht notwendig vor, dem Grundbuchamt, z. B. durch schriftliche Einreichung der Löschungsbewilligung oder gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, abgegeben werden, bedarf aber im Gegensatz zu dem dinglichen Vertrage (I a) der Annahme nicht. Der Berechtigte ist trotzdem an seine Erklärung mit der Löschung schlechthin gebunden, so daß er sie danach einseitig und willkürlich nicht mehr widerrufen kann; aber seine Gebundenheit und die Unwiderruflichkeit tritt auch schon vorher ein, wenn er seine Erklärung

entweder dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben

oder dem anderen begünstigten Teile eine formell vorschriftsmäßige (§ 29 Gr.O.) Löschungsbewilligung ausgehändigt hat.

Die Erklärung des Berechtigten wird unwirksam, wenn er nach ihrer Abgabe in der Verfügung beschränkt wird, z. B. durch Konkurseröffnung (§ 878), es müßte denn die Erklärung für ihn nicht bloß bindend geworden, sondern auch der Antrag auf Eintragung (Löschung) bei dem Grundbuchamte bereits gestellt sein (K.G. Joh. 23 S. 243), vgl. § 18 Gr.O.;

2. die Löschung[1]) (§ 47 Gr.O.) des Rechts im Grundbuch, welche der Eintragung unter I b entspricht und deshalb den gleichen Vorschriften unterliegt, soweit nicht z. B. in den §§ 23 ff. Gr.O. Besonderheiten bestimmt sind.

Zur Aufhebung und in gleicher Weise zur Inhaltsänderung (Modifikation) eines Rechts (K.G. Joh. 21 S. 117) an einem Grundstücke ist aber ferner erforderlich (§§ 876, 877):

α) die Zustimmung[2]) desjenigen, zu dessen Gunsten das aufzuhebende oder abzuändernde Recht belastet, z. B. des Pfandgläubigers, dem die zu löschende Hypothek verpfändet ist,

β) wenn das zu modifizierende oder aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zusteht und letzteres mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, auch der Konsens dieses Dritten[3]). Also z. B. die auf dem Grundstück A zu

---

[1]) Eine Hypothek darf nach §§ 27 Abs. 1, 47 Gr.O. nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers gelöscht werden (K.G. Joh. 24 S. 137, 25 S. 318).

[2]) Auf diese Zustimmung bezieht sich die Vorschrift des § 878 nicht (R.G. 52 S. 416).

[3]) § 21 Gr.O. fordert jedoch die Bewilligung desselben nur dann, wenn das

löschende Grunddienstbarkeit oder Reallast steht dem Eigentümer des Grundstücks B zu (§§ 1018, 1105 Abs. 2), bildet also einen Bestandteil desselben (§ 96; § 8 Gr.O.), während dieses Grundstück selbst mit dem Rechte eines Dritten X, z. B. einer Hypothek (§ 1120), belastet ist. Ausnahmsweise wird jedoch in einem solchen Falle die Einwilligung des dritten Berechtigten nicht erfordert, wenn dessen Recht durch die Aufhebung oder Inhaltsänderung nicht berührt wird; besteht dasselbe also z. B. in einer Grundgerechtigkeit, die für X auf dem Grundstück B lastet, so wird eine derartige Grundgerechtigkeit dadurch nicht beeinflußt oder benachteiligt, daß beispielsweise ein dem dienenden Grundstück gegen ein anderes Grundstück zustehendes Vorkaufsrecht aufgehoben werden soll.

Soweit hiernach die Zustimmung eines Dritten (1 und 2) geboten ist, ist sie dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, alsdann aber auch sofort bindend und unwiderruflich.

c) Das Zusammentreffen des Rechts des Eigentums an dem Grundstück mit einem an demselben bestehenden begrenzten Rechte einer Person (Konsolidation) hat das Erlöschen dieses Rechts nicht zur Folge, mag der Eigentümer das Recht oder der Berechtigte das Eigentum erwerben (§ 889). Vgl. noch die §§ 1143, 1163 ff., 1168, 1172 ff., 1177.

II. Rangverhältnis[1]) (§§ 879 bis 881).

Das Rangverhältnis unter mehreren in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragenen begrenzten Rechten bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen, so daß das dort vorstehende Recht dem nachstehenden auch im Range vorgeht. Dagegen ist für die Rangordnung solcher in verschiedenen Abteilungen eingetragenen Rechte das Datum der Eintragung dergestalt maßgebend, daß das unter Angabe eines früheren Tages eingetragene Recht den Vorrang hat, die unter Angabe desselben Tages inskribierten Rechte aber gleichen Rang genießen. Vgl. §§ 46, 17, 18 Gr.O. Ausgegangen wird hierbei von der Wirksamkeit der erfolgten Eintragungen[2]), ins-

aufzuhebende oder abzuändernde Recht auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks vermerkt ist, sonst erfolgt die Buchung auch ohne jene Bewilligung.

[1]) Vgl. über das Vorrecht der Landeskulturrente Pr.G. v. 13. 5. 79 betr. die Errichtung von Landeskultur-Rentenbanken; hierzu Art. 21 A.G. (Art. 118 E.G.).

[2]) Vgl. § 894; §§ 54, 101 Gr.O.

besondere muß auch die nach § 873 zum Erwerbe des Rechts erforderliche Einigung der Beteiligten vorliegen; indessen bleibt die Eintragung für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn diese ihre Voraussetzung, der dingliche Vertrag, erst nachträglich zustande gekommen ist.

Der Rang solcher Rechte, die ohne Eintragung wirksam entstehen, bemißt sich nach dem Zeitpunkte der Entstehung.

Der vom Eigentümer oder Schuldner getilgte Hypothekenanteil tritt nach § 1176 von selbst im Range hinter die Resthypothek (K.G. Joh. 21 S. 165, 25 S. 305).

a) Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses ist zulässig. Es kann z. B. vereinbart werden, daß eine in derselben Abteilung später eingetragene Belastung, z. B. eine Hypothek, mit einer früheren gleichen Rang haben, oder ihr sogar vorgehen, oder daß bei Eintragungen in verschiedenen Abteilungen unter demselben Datum die eine die Priorität vor der anderen besitzen solle. Jede derartige, von der Regel abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses bedarf aber zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Grundbuch (§ 879)[1].

b) Auch die nachträgliche Abänderung des Rangverhältnisses, die nachträgliche Prioritätseinräumung, ist statthaft (§ 880), und zwar nicht bloß für Hypotheken und Grundschulden, sondern für alle begrenzten dinglichen Rechte, also auch z. B. für Reallasten. Im Gegensatz zum Vorrangsvorbehalt des Eigentümers geschieht die Vorrangseinräumung von einem Berechtigten an den anderen (K.G. Joh. 21 S. 306). Auch mit der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek kann einer Hypothek der Vorrang eingeräumt werden (K.G. Joh. 22 S. 311).

1. Die Erfordernisse der Prioritätseinräumung sind

α) die Einigung derjenigen, für deren Rechte der Rang geändert werden soll, also des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten; auf diesen dinglichen Vertrag finden die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und des § 878 über den Eintritt der Gebundenheit der Beteiligten und die Unwirksamkeit infolge nachträglicher Verfügungsbeschränkung des Berechtigten Anwendung,

β) die Eintragung der Änderung in das Grundbuch,

γ) die Zustimmung beteiligter Dritter.

αα) Wenn eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, nicht also z. B. eine Reallast, persönliche Dienstbarkeit, zurück-

[1]) Vgl. § 1131.

treten soll, ist der Konsens des Grundstückseigentümers mit Rücksicht auf § 1143 erforderlich. Die Erklärung erfolgt dem Grundbuchamt oder einem der Beteiligten gegenüber; sie ist unwiderruflich. Wird jedoch die einer Hypothek zugrunde liegende Forderung geteilt, so ist zur Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander — dasselbe gilt für die Grundschuld (Rentenschuld) — die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich (§§ 1151, 1192, 1199).

ββ) Wenn das zurücktretende Recht, z. B. eine Hypothek mit dem Rechte eines Dritten, z. B. einem Nießbrauch, Pfandrecht, belastet ist, muß auch der Konsens dieses Dritten unter entsprechender Anwendung des § 876 (vgl. noch § 21 Gr.O.) hinzutreten, da der berechtigte Dritte durch den Rücktritt des Rechts nicht minder gefährdet sein kann als durch dessen Aufhebung.

Dagegen ist der Konsens der Inhaber der Zwischenposten niemals geboten.

2. Die Wirkung der Rangänderung besteht darin:

α) Der vortretende Gläubiger erwirbt ein festes, nicht bloß obligatorisches, sondern gegen jedermann dinglich wirksames (vgl. jedoch β) Recht auf den Rang der vorstehenden Post (Grundsatz des Stellentauschs), so daß auch eine rechtsgeschäftliche Aufhebung der letzteren den Vorrang des postlozierten Rechts nicht mehr beseitigt; dieser bleibt ihm vielmehr erhalten, kann ihm also nur mit seiner Einwilligung wieder entzogen werden. Der Vorrang geht ihm aber verloren, wenn das zurücktretende Recht auf andere Weise, z. B. ein Nießbrauch durch den Tod des Nießbrauchers, aufgehoben wird. Bei der Verteilung der Kaufgelder macht der aufrückende Gläubiger seinen eigenen Anspruch einschließlich Nebenleistungen an der Stelle des zurücktretenden Rechts nach dessen Umfange geltend, während es dem voreingetragenen Berechtigten alsdann überlassen bleibt, seine Befriedigung nach dem vortretenden postlozierten Gläubiger an bereiter Stelle der Rangordnung zu nehmen; die in der Subhastation an letzteren geleistete Zahlung geschieht zum Zwecke und mit der Wirkung der Tilgung seiner, nicht des Prioritätszedenten, Forderung (R.G. 12 S. 211, 16 S. 244 ff., 19 S. 345). Im Falle der Zwangsversteigerung ist das vortretende, nicht das zurücktretende Recht in das geringste Gebot aufzunehmen, wenn der zurücktretende oder ein zwischenberechtigter Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt.

β) Zwischenposten werden durch die Rangänderung nicht

berührt; sie werden also nach wie vor lediglich durch das voreingetragene, nicht durch das vortretende Recht beschränkt; diese Beschränkung fällt somit bei nicht rechtsgeschäftlichem Erlöschen der zurückgetretenen Post ohne Rücksicht auf das Fortbestehen der nacheingetragenen (prioritätischen) Post fort. Ist die vortretende Post größer als die zurückrückende, so behält sie in Höhe des Überschusses ihren bisherigen Rang.

γ) Bei Vorrangseinräumung seitens eines Hypothekengläubigers wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er sonst nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können (§ 1165).

c) Der Rangvorbehalt (§ 881) besteht darin, daß einem künftig einzutragenden, dem Umfange nach bestimmten Rechte, z. B. einer Baugelderhypothek, der Vorrang vor einem vorstehenden begrenzten Rechte, z. B. vor einer Grundschuld, schon bei dessen Entstehung (K.G. Joh. 21 S. 306) gesichert wird. Eine Offenhaltung der Stelle ist mithin in dem Vorbehalt nicht zu finden, da es sich hierbei nicht um die Verfügung über eine offene feste Stelle und die damit verbundene Trennung des Ranges von einem Rechte sowie um die Übertragung dieses Ranges auf ein anderes Recht handelt. Vgl. auch noch § 1180.

1. Der Vorbehalt erfordert

α) eine Abrede zwischen dem Grundstückseigentümer und demjenigen, für den er ein begrenztes Recht an dem Grundstück, z. B. eine Hypothek, Reallast, Grunddienstbarkeit, konstituiert; dem ersteren wird hierdurch von letzterem die Befugnis eingeräumt, ein anderes begrenztes Recht mit dem Vorrang vor dem konstituierten nachträglich eintragen zu lassen,

β) die Eintragung im Grundbuch bei dem Rechte, das künftig zurücktreten soll; hierdurch wird dem Vorbehalt Wirksamkeit für und gegen Dritte verliehen (K.G. Joh. 4 S. 186).

2. Die Wirkung der Eintragung äußert sich darin,

α) daß die vorbehaltene Befugnis bei einer Grundstücksveräußerung nicht erlischt, sondern auf den Erwerber des Grundstücks, auch den Ersteher, von selbst übergeht, da sie für den Eigentümer als solchen eine Vergünstigung begründet,

β) daß dem nachträglich konstituierten Rechte der Vorrang vor dem mit dem Vorbehalt eingetragenen Rechte zukommt. Werden jedoch in der Zwischenzeit zwischen der Belastung des Grund-

stücks mit dem zurücktretenden Rechte und der späteren Eintragung des prioritätischen Rechts anderweite Rechte, z. B. neue Reallasten oder Hypotheken, ohne einen entsprechenden Vorbehalt konstituiert, so darf hierdurch eine über den Vorbehalt hinausreichende Beeinträchtigung des ersterwähnten Rechts nicht herbeigeführt werden; insoweit dies der Fall sein würde, bleibt der vorbehaltene Vorrang wirkungslos. Hat also z. B. der Grundstückseigentümer bei Konstituierung einer Reallast sich die Befugnis zur Eintragung einer bevorrechtigten Hypothek von 10000 eintragen lassen, demnächst aber noch vor Eintragung dieser Hypothek das Grundstück mit einer Grundschuld von 5000 vorbehaltlos belastet, so gebührt der Hypothek von 10000 nur in Höhe von 5000 der Vorrang vor der Reallast, da letztere infolge und inhalts des Vorbehalts nur hinter 10000, nicht 15000 zu rangieren hat.

III. Vormerkung (§§ 883 bis 888).

a) Begriff.

Die Vormerkung ist das im Grundbuch eingetragene Sicherungsmittel, welches obligatorische Ansprüche auf einen Eintrag im Grundbuch mit dinglicher Wirkung schützt. Sie gewährt den obligatorischen Ansprüchen, welche auf Änderung des dinglichen Rechtszustandes gerichtet sind, nämlich auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück, z. B. Auflassung des Grundstücks oder einer Grundstücksfläche (K.G. Joh. 25 S. 147, R. 03 S. 180), Bestellung einer Hypothek, Verzicht auf die Hypothek gemäß § 1169, Entpfändung eines Grundstücksteils unter gewissen Voraussetzungen (K.G. Joh. 23 S. 153), oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, beispielsweise des Pfandrechts an einer Hypothek, der Abtretung einer solchen oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts, z. B. Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek, einer Eigentümer-Hypothek oder Grundschuld in eine Sicherungshypothek für andere Forderungen des Hypothekengläubigers (K.G. Joh. 25 S. 168, R. 03 S. 180), Vorrangseinräumung, oder gemäß §§ 1179, 1192 [1]) (K.G. Joh. 23 S. 154) auf Löschung, eine besondere dingliche

[1]) Der sachenrechtliche Verzicht auf die Eigentümerhypothek ist ausgeschlossen; nur zugunsten der landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditbanken ist er nach Art. 167 E.G. statthaft (K.G. Joh. 20 S. 206, 23 S. 146). Ausnahmsweise ist auch die Eingehung der bezüglichen obligatorischen Verpflichtung in § 21 Abs. 2 Hypothekenbankges. verboten.

Sicherung; auch wegen eines künftigen oder bedingten derartigen Anspruchs ist die Eintragung einer Vormerkung zulässig[1]) (§ 883).

Hieraus ergibt sich:

1. Der Gefährdung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden dinglichen Rechtszustandes kann nicht durch Eintragung einer Vormerkung vorgebeugt werden. Diesem Zwecke dient vielmehr die Eintragung eines Widerspruchs (§ 899) gegen die Richtigkeit des Grundbuchs. Hiernach hat der Käufer des Grundstücks behufs Erhaltung seines persönlichen Rechts auf Auflassung (St.A. 99 S. 18) eine Vormerkung, der wahre Grundstückseigentümer gegenüber dem formellen Bucheigentümer beispielsweise bei Nichtigkeit der Auflassung den Widerspruch zur Eintragung zu bringen.

2. Nur die persönlichen Ansprüche der bezeichneten Art werden durch eine Vormerkung geschützt. Sie ist deshalb zur Sicherung des Rechts auf Eintragung einer Zwangshypothek aus einem auf Geldzahlung lautenden vollstreckbaren Titel unzulässig (Joh. 21 S. 325). Ebensowenig dient sie zum Schutze desjenigen, der eine Grundstücksveräußerung gemäß § 3 R.G. v. 21. 7. 79 anficht, gegen Verfügungen des Erwerbers, da auch hier nicht ein Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts am Grundstück, sondern nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung (R.G. 50 S. 124) in Frage steht; vgl. S. 177.

b) Wirkung.

1. Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch bleibt ein persönlicher.

Deshalb muß auch im Falle der Veräußerung des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Rechts die Feststellung des Anspruchs gegenüber dem ursprünglich Verpflichteten oder dessen Erben erfolgen. Der zur Einräumung oder Aufhebung des Rechtes persönlich obligierte Schuldner hat sie zu leisten, der Erwerber des Grundstücks oder Rechts aber nur die zur Verwirklichung des Anspruchs erforderliche grundbuchmäßige Zustimmung zu erteilen. Wird der Erwerber auf Erteilung dieser Zustimmung in Anspruch genommen, so stehen ihm auch Einwendungen aus dem persönlichen, der Vormerkung zugrunde

[1]) Nach § 14 Abs. 1 Pr.G. v. 13. 5. 79 betr. die Errichtung von Landeskultur-Rentenbanken (Art. 21 Pr. A. G.) hat der Darlehnssucher eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Rente in das Grundbuch eintragen zu lassen.

liegenden Rechtsverhältnisse zu. Seine Inanspruchnahme kann deshalb auch der des persönlich Verpflichteten vorausgehen (R.G. 53 S. 32, J.W. Beil. 03 S. 36, R. 03 S. 180).

2. Der vorgemerkte Anspruch wird in seinem vollen Inhalt und Umfang gegen jeden Dritten, also dinglich (vgl. auch § 1098 Abs. 2) geschützt, nicht bloß gegen Verfügungen des Verpflichteten, sondern darüber hinaus, insbesondere auch für den Konkursfall[1]) (§§ 24, 193 K.O.); aber die Rechte des Eigentümers oder dinglich Berechtigten erlangt der Vorgemerkte nicht (R.G. 42 S. 318, 319, 52 S. 42 ff.; K.G. Joh. 21 S. 289, 25 S. 168). Insbesondere kennzeichnet sich die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung eines Grundstücksteils nur als eine Verfügungsbeschränkung, so daß sie trotz § 6 Gr.O. auch ohne Abschreibung dieses Teils eingetragen werden kann. Die Vormerkung aus § 1179 erweist sich als eine die Hypothek in ihrer künftigen rechtlichen Gestalt ergreifende Verfügungsbeschränkung, so daß sie auch auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken ist (K.G. Joh. 21 S. 176).

α) Auch nach der Eintragung der Vormerkung ist die Bestellung von Rechten zum Nachteil des Vorgemerkten zulässig; insbesondere kann trotz der Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung die Auflassung an einen Dritten bewirkt werden (K.G. Joh. 2 S. 110). Die Vormerkung wirkt nicht wie ein Sperrvermerk. Aber mit der Durchführung des vorgemerkten Anspruchs gegenüber dem Verpflichteten muß für den Vorgemerkten der Zustand wiederhergestellt werden, welcher zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhanden war. Die in der Zwischenzeit über das Grundstück oder das Recht von dem Verpflichteten oder im Wege der Exekution, auch der Zwangsversteigerung, bzw. durch seinen Konkursverwalter getroffenen Verfügungen sind dem Vorgemerkten gegenüber insoweit unwirksam[2]) (§ 883 Abs. 2), als sie seinen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden (R.G. 7 S. 179, 15 S. 271, 27 S. 238).

β) Der Vorgemerkte kann deshalb auch von dem Erwerber eines solchen unwirksamen Rechts mit der dinglichen Klage insoweit

---

[1]) Dagegen ist ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 13 K.O.).

[2]) Die Unwirksamkeit kann hier im Gegensatz zu § 135, aber in Übereinstimmung mit §§ 161, 2115, von jedem, nicht bloß von dem Vorgemerkten, geltend gemacht werden.

die Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung verlangen, die zur Verwirklichung seines durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist[1]). Handelt es sich z. B. um den Anspruch des Käufers auf Auflassung des Grundstücks und hat der Veräußerer nach der Eintragung der diesbezüglichen Vormerkung das Grundstück anderweit an X aufgelassen und dieser wieder für Z eine Hypothek bestellt, so kann der vorgemerkte Gläubiger nach der endgültigen Feststellung seines Anspruchs gegen den Verkäufer von X die Einwilligung zu seiner, des Vorgemerkten, Eintragung als Eigentümer und von Z zur Löschung der Hypothek verlangen. Ein Berichtigungsanspruch steht ihm dagegen nicht zu (R.G. R. 02 S. 613).

3. Der durch eine hypothekarische Vormerkung gesicherte Anspruch ist übertragbar, die Umschreibung auch ohne vorherige Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek statthaft.

4. Durch die Vormerkung wird der Anspruch auf ein Recht im Grundbuch gesichert.

Dem so vorgemerkten Rechte wird erst nach definitiver Feststellung des Anspruchs dingliche Wirkung ex tunc beigelegt; sein Rang bestimmt sich durch die Eintragung der Vormerkung (§ 883 Abs. 3) und geht ihm durch spätere Belastungen des Grundstücks (R.G. 4 S. 268) nicht mehr verloren. Die definitive Eintragung des Rechts, auf dessen Einräumung der festgestellte Anspruch gerichtet ist, hat insoweit nicht rechtsbegründende, sondern nur beurkundende Kraft. Die Änderung des Ranges des durch die Vormerkung gesicherten Rechts zugunsten eines anderen, das Grundstück belastenden Rechts ist deshalb zulässig (R.G. R. 01 S. 463; Joh. 22 S. 312). Ein derartiges, durch eine Vormerkung gesichertes Recht ist bei der Immobiliarzwangsvollstreckung wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen (§ 48 Zw.G., § 114 das.) und im Konkurse der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung begründet (§ 47 K.O.). Doch ist eine nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung im Nachlaßkonkurs unwirksam (§ 221 Abs. 2 K.O.).

5. Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen (§§ 1975 ff.), hieraus also dem vorgemerkten Nachlaßgläubiger gegenüber einen Einwand nicht herleiten (§ 884); ein

[1]) Das gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist (§ 888 Abs. 2).

solcher Gläubiger wird auch insoweit durch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht betroffen (§ 1971) und den aufschiebenden Einreden aus den §§ 2014, 2015 nicht ausgesetzt, vgl. jedoch § 2016 Abs. 2.

6. Gelangt die durch hypothekarische Vormerkung gesicherte Forderung nicht zur Entstehung oder erlischt sie, so entsteht eine Eigentümerhypothek nicht (K.G. R. d. O.L. 5 S. 390, Joh. 25 S. 173, R. 02 S. 555).

c) Formelles Verfahren.

1. Die Eintragung der Vormerkung setzt voraus[1]) (§ 885)

entweder den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Verpflichteten, gegen den der durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch sich richtet,

oder die Bewilligung (R.G. 42 S. 315 ff., 45 S. 177 ff.) dieses Verpflichteten (vgl. auch § 895 C.P.O.)[2]).

Der Erlaß der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. C.P.O.) ist schon vor der Anhängigkeit der Hauptsache, des Prozesses über den zu sichernden Anspruch (R.G. 30 S. 352), statthaft (R.G. 4 S. 405). Lediglich die Glaubhaftmachung dieses Anspruchs (vgl. R.G. 12 S. 366 ff.) wird erfordert, keineswegs bedarf es der Darlegung und Bescheinigung einer besonderen Gefährdung (R.G. 11 S. 280, 20 S. 244, 27 S. 426).

Aber während der Dauer des Konkursverfahrens kann in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke, sowie der für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zugunsten einzelner Konkursgläubiger nicht eingetragen werden. Das gleiche gilt von der Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines Schiffspfandrechts (§ 14 Abs. 2 K.O.). Vgl. noch § 221 Abs. 2 das.

2. Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine exc. peremtoria gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch zu, z. B. aus den §§ 222, 821, 853, 986, so kann er von dem vorgemerkten Gläubiger ev. im Prozeßwege die Beseitigung der Vormerkung, nicht bloß die Einwilligung in die Löschung verlangen (§ 886); der Grundstückseigentümer kann also beispielsweise über eine derartige hypothekarische Vormerkung nicht verfügen (K.G. R. 03 S. 18).

---

[1]) Vgl. noch §§ 18, 76 Gr.O.

[2]) Bei der Eintragung der Landeskulturrente ist zugleich auf Grund des Beschlusses der Auseinandersetzungsbehörde eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Vorzugsrechts für die Rente einzutragen (Art. 21 A.G.).

3. Die Vormerkung erlischt

α) durch Aufgabeerklärung und Löschung (vgl. noch § 25 Gr.O., auch §§ 18, 76 Abs. das.),

β) durch Erlaß des Ausschlußurteils (§ 887), durch welches der seiner Person, nicht bloß seinem Aufenthalt nach unbekannte vorgemerkte Gläubiger mit seinem Rechte gemäß §§ 887, 1170 ausgeschlossen wird (§§ 982 ff. C.P.O.)[1]; die Wirkung der Vormerkung wird dadurch in jeder Hinsicht beseitigt, so daß z. B. nachträgliche, ihr nachteilige Verfügungen zu Recht bestehen, die Eintragung der Vormerkung für den Rang des später inskribierten Rechts nicht mehr maßgebend sein kann, der Grundstückseigentümer die vorgemerkte Hypothek nicht erwirbt (R.G. R. 02 S. 555, Joh. 25 S. 173) usw.

Die versehentliche Löschung einer Vormerkung beseitigt das Recht aus der Vormerkung nicht.

IV. Der öffentliche Glaube (publica fides) **des Grundbuchs** (Publizitätsprinzip).

a) Buchungszwang (§§ 3 ff. Gr.O.; § 890).

Jedes Grundstück[2]) erhält im Grundbuch eine besondere Stelle (Grundbuchblatt), welche für das Grundstück als das Grundbuch anzusehen ist[3]). Auf diesem Blatte erfolgen die das Grundstück betreffenden Eintragungen; auch die mit dem Grundstückseigentum verbundenen, also subjektiv dinglichen Rechte (§ 96), werden auf Antrag daselbst vermerkt. Der Eigentümer kann durch einen Vermerk im Grundbuch mehrere Grundstücke zu einem einheitlichen Ganzen vereinigen oder ein Grundstück einem anderen als Bestandteil zuschreiben lassen; jedoch soll solche Zuschreibung oder Vereinigung nur stattfinden, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist[4]). Ausnahmsweise kann unter derselben Voraussetzung über mehrere im Bezirke desselben Grundbuchamts belegene Grundstücke desselben Eigentümers (vgl. jedoch §§ 87 ff. Gr.O.) ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden. Soll ein (wirklicher) Grundstücksteil mit einem Rechte belastet werden, so ist er von dem Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen.

---

[1]) Vgl. noch Art. 1 IV § 21 A.G. z. R.G. v. 17. 5. 98 betr. Änder. der C.P.O.

[2]) Über vom Buchungszwange befreite Grundstücke vgl. § 90 Gr.O.; Art. 127 E.G.; Art. 27 A.G.

[3]) Vgl. noch Art. 186 E.G.; §§ 91, 92 Gr.O.

[4]) Vgl. noch Art. 119 E.G.; Art. 2, 3 A.G. z. Gr.O.

Ist das Recht eine Dienstbarkeit oder Reallast, so kann die Abschreibung unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist[1]).

b) Publizität (§§ 891—899; §§ 1138, 1155, 1157).

1. Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs.

α) Es wird vermutet (vgl. § 292 C.P.O.), daß ein im Grundbuch für jemand eingetragenes Recht ihm zusteht (§ 891 Abs. 1). Hiernach erscheint z. B. der Bucheigentümer für Klagen des eingetragenen Eigentümers und die gegen solchen (R.G. R. 02 S. 372) gerichteten Prozesse bis zum Gegenbeweise, welcher im Falle der §§ 1148, 1192 (actio hypothecaria) sogar ausgeschlossen ist, aktiv und passiv legitimiert. Die exc. rei venditae et traditae ist gegenüber seiner rei vindicatio aber nicht ausgeschlossen. Die erwähnte Vermutung betrifft lediglich die eingetragene dingliche Berechtigung (R.G. J.W. Beil. 03 S. 91), nicht andere tatsächliche Angaben (K.G. R. 02 S. 395, Gr. Beil. 02 S. 1157), z. B. über die Lage und Größe des Grundstücks, soweit nicht auch diese Umstände die Berechtigung bestimmen (R.G. J.W. 01 S. 341); sie erstreckt sich bei der gewöhnlichen Hypothek, nicht bei der Sicherungshypothek, für die actio hypothecaria auch auf die Forderung und die dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden (§§ 1138, 1184); sie bezieht sich nicht auf den durch Vormerkung gesicherten Anspruch. Vgl. noch §§ 1155, 1192.

Der zu Unrecht, z. B. auf Grund einer nichtigen Auflassung eingetragene Nichtberechtigte kann das Recht, z. B. das Eigentum, aber auch ein begrenztes, zum Besitze des Grundstücks berechtigendes oder in seiner Ausübung possessorischen Schutz genießendes Recht, z. B. den Nießbrauch (§ 1036) oder ein Wohnungsrecht (§ 1093) oder eine Grunddienstbarkeit (§ 1029) usw., erst durch 30jährige Ersitzung in Gemäßheit des § 900 (Tabularersitzung) erwerben; für den Rang des begrenzten Rechts ist die Eintragung maßgebend.

β) Die Vermutung (vgl. § 292 C.P.O.) geht ferner dahin, daß ein im Grundbuch gelöschtes Recht auch tatsächlich nicht besteht (§ 891 Abs. 2). Doch hat die auf Antrag oder von Amts wegen, z. B. nach § 49 Abs. 2 Gr.O., erfolgte unrechtmäßige Löschung ebenso wie die Nichteintragung eines kraft Gesetzes, z. B. nach § 57 Pr. Enteignungsges. v. 11. 6. 74, entstandenen begrenzten Rechts das Erlöschen desselben nur zur Folge, sofern der Anspruch des Berechtigten,

[1]) Die Anlegung eines Grundbuchblatts für ein Erbbaurecht bestimmt sich nach § 7 Gr.O.; vgl. noch § 84 das.

z. B. des Vorkaufsberechtigten, gegen den Eigentümer des Grundstücks verjährt ist (§ 901)[1]).

2. Schutz des Rechtserwerbs und anderer Verfügungen.

α) Voraussetzung.

αα) Die Übereinstimmung des Buchinhalts mit der wirklichen Rechtslage wird in Ansehung jedes Rechts an einem Grundstücke, des Eigentums wie eines begrenzten Rechts, nicht auch einer Vormerkung (R.G. Joh. 21 S. 289), und jedes Rechts an einem solchen Rechte, z. B. des Nießbrauchs oder Pfandrechts an einer Hypothek, bezüglich der Hypothek (actio hypothecaria) sogar in Ansehung der ihr zugrunde liegenden Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden (§ 1138, vgl. noch § 1157), gewährleistet; eine Beschränkung des Schutzes auf einzelne Arten von Rechten ist abgelehnt[2]).

ββ) Aber die Berufung auf diesen Schutz gebührt (§§ 892, 893) nur demjenigen, der

entweder ein derartiges Recht durch ein Rechtsgeschäft, nicht kraft Gesetzes, auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung (R.G. 54 S. 105, J.W. Beil. 02 S. 272, R. 03 S. 18), erwirbt[3]), also nicht z. B. dem Pfändungspfandgläubiger, ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung zu dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe erforderlich und das erworbene Recht für einen anderen bereits eingetragen ist[4]),

oder mit dem eingetragenen Berechtigten ein anderes, eine Ver-

---

[1]) Erweist sich eine Eintragung nach ihrem Inhalt als unzulässig, so ist sie von Amts wegen zu löschen (§ 54 Gr.O.).

[2]) Nach Art. 187 E.G. bedürfen die zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten behufs Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung. Auch die Preuß. Landesgesetzgebung hat für solche Dienstbarkeiten von dem Eintragungszwang abgesehen. Sie hat diesen Eintragungszwang aber ferner auf Grund der Art. 67, 109, 114 E.G. abgelehnt für die in Art. 22 A.G. verzeichneten Rechte, insbesondere das in den Fällen der Enteignung oder der Grundabtretung zu Zwecken des Bergbaubetriebs bestehende gesetzliche Vorkaufsrecht. Vgl. noch Art. 6 A.G. z. Zw.G.

[3]) Auf einen Erwerb, der sich nach § 894 C.P.O. vollzieht, finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, ebenfalls Anwendung (§ 898 das.). Deshalb wird der Erwerber des Eigentums eines Grundstücks, der seine Eintragung auf Grund eines seinen Vorgänger zur Auflassungserklärung verurteilenden rechtskräftigen Erkenntnisses nach Erlassung eines gegen diesen gerichteten allgemeinen Veräußerungsverbots aus § 106 K.O. erlangt, sich auf seinen guten Glauben berufen können.

[4]) Vgl. dagegen R.G. 19 S. 343.

fügung über das Recht enthaltendes Rechtsgeschäft, z. B. eine Kündigung, die Aufhebung des Nießbrauchs (§ 1062), Umwandlung der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld (§§ 1198, 1203), vornimmt,

oder endlich an den eingetragenen Berechtigten auf Grund des Rechts eine Leistung, z. B. eine Zahlung, bewirkt.

Ob das Rechtsgeschäft ohne oder gegen Entgelt erfolgt, bleibt außer Betracht; für einen etwaigen Konditionsanspruch wird § 816 von Bedeutung sein. Vgl. noch §§ 1155, 1192 (§ 40 Abs. 2 Gr.O.).

Auch der Erwerb, der sich nach § 894 C.P.O. z. B. infolge rechtskräftiger Verurteilung zur Auflassung oder zur Entgegennahme der Auflassung vollzieht, steht unter dem Schutze der publica fides des Grundbuchs (§ 898 das.).

Zugunsten desjenigen, welcher die Hypothek oder ein Recht daran vom Besitzer des Briefes, der nicht als Gläubiger eingetragen ist, erwirbt, wird der Schutz des öffentlichen Glaubens nur gegen solche, dem Rechte des Briefbesitzers anhaftende Mängel gewährt, welche aus den Urkunden nicht ersichtlich sind (§ 1155).

β) Wirkung.

Dem gutgläubigen Dritten wird Gewähr geleistet[1])

αα) positiv für die Richtigkeit,

ββ) negativ für die Vollständigkeit des Grundbuchinhalts, nicht der Grundakten (St.A. 3 S. 229). Kommen Umstände, die vor der Auflassung liegen, erst nach deren Entgegennahme zur Kenntnis des Grundbuchrichters, so muß er die Eintragung ablehnen, wenn die Umstände bei früherer Kenntnis die Entgegennahme der Auflassung gehindert hätten (K.G. R. 02 S. 557).

αα) Die Eintragungsvermerke gelten in bezug auf die Berechtigung, ihren Umfang und Inhalt als der wirklichen Rechtslage entsprechend, vgl. jedoch z. B. §§ 1028 Abs. 2, 1090 Abs. 2.

Wenn mehrere Beurkundungen des Grundbuchs sich widersprechen, gebührt keiner der Vorzug (St.A. 94 S. 167 ff.; R.G. 11 S. 278, 29 S. 205).

ββ) Nicht eingetragene, obwohl der Eintragung be-

---

[1]) Eine Eintragung ist nicht aus dem Grunde unwirksam, weil ein von der Mitwirkung kraft Gesetzes oder infolge Ablehnung ausgeschlossener Grundbuchbeamter sie bewirkt hat (§ 10 Gr.O.).

dürfende Rechte, sowie aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Verfügungsbeschränkungen in Ansehung eines dort eingetragenen Rechts zugunsten bestimmter Personen sind als nicht vorhanden, gelöschte Rechte als erloschen zu erachten. Unter den Verfügungsbeschränkungen hat man aber nur diejenigen zu verstehen, durch welche dem Berechtigten im Interesse bestimmter Personen die Befugnis zur Verfügung über das Recht ganz oder teilweise entzogen ist, z. B. durch Veräußerungsverbote (§§ 135, 136), Bedingungen (§ 161) usw., vgl. oben S. 180 ff.; nicht darunter fallen

α_2) die im öffentlichen Interesse aus Gründen des Gemeinwohls, vgl. z. B. Art. 119 E.G., angeordneten Verfügungsbeschränkungen,

β_2) die Beschränkungen der Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (z. B. §§ 104 ff.), da das Grundbuch nicht den Zweck hat, hierüber Auskunft zu geben,

γ_2) tatsächliche, nicht rechtliche Beschränkungen, z. B. die Verpflichtung, einen Teil eines Hauses auf Verlangen zu entfernen.

Eintragungen, an die sich keine bestimmte rechtliche Wirkung knüpft, sind unzulässig. Nicht einzutragen ist deshalb, daß ein Grundstück zum eingebrachten Vermögen der Ehefrau gehört, und daß die Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns durch Ehevertrag ausgeschlossen ist (R.G. R. 02 S. 508 und S. 555). Eine derartige Eintragung gehört in das Güterrechtsregister.

γ) Ausschluß.

Wer sich auf die publica fides des Grundbuchs beruft, hat nicht darzutun, daß er dasselbe eingesehen und im guten Glauben an die Richtigkeit seines Inhalts gehandelt habe. Die Berufung ist vielmehr nur ausgeschlossen und die publica fides des Grundbuchs beseitigt,

$\alpha\alpha$) soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief (Grundschuld-Rentenschuldbrief) über die bezügliche Post oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht (§§ 1140, 1192); ferner auch

$\beta\beta$) wenn dem Dritten nachgewiesen wird (§§ 892, 893), entweder daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen bzw. die bezügliche Verfügungsbeschränkung aus dem Grundbuch ersichtlich[1]),

---

[1]) Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe

oder daß die Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts bzw. die Verfügungsbeschränkung ihm bekannt ist. Diese Kenntnis (R.G. 21 S. 402 ff.) setzt voraus

α₂) die objektive Unrichtigkeit der Eintragung der Existenz eines vom Grundbuch verschiedenen dinglichen Rechtszustandes, die Nichtübereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage;

β₂) das überzeugte Bewußtsein dieser Unrichtigkeit. Die bloße Möglichkeit, daß eine Eintragung falsch sei, oder die fahrlässige Unkenntnis schafft noch keine Schlechtgläubigkeit. Dagegen steht laut § 142 Abs. 2 die Kenntnis der Anfechtbarkeit, z. B. einer Hypothekenbestellung, wenn die Anfechtung tatsächlich erfolgt, der Kenntnis der Nichtigkeit gleich. Erlangt ein Recht oder eine Verfügungsbeschränkung erst durch Eintragung Wirksamkeit, so ist die Kenntnis der bevorstehenden Eintragung belanglos. — Die Kenntnis des Vertreters schadet dem Vertretenen (R.G. 9 S. 143 ff., 15 S. 266); letzterer kann sich jedoch bei einer durch Rechtsgeschäft, nicht Gesetz, erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Bevollmächtigten berufen, sofern dieser nach den ihm erteilten bestimmten Weisungen gehandelt hat (§ 166). Einflußlos ist dagegen das Wissen oder Nichtwissen des mit dem bloßen Überbringen fremder Willenserklärungen, z. B. als Bote, Beauftragten (R.G. 9 S. 348). — Die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts bzw. der Verfügungsbeschränkung muß im Moment des rechtsgeschäftlichen Erwerbs bzw. der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der Leistung vorhanden sein (mala fides superveniens non nocet). Ist zu dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe die Eintragung erforderlich, z. B. nach § 873, anders z. B. nach den §§ 1154 Abs. 1 und 2, 1153, so ist für die Kenntnis, abweichend von R.G. 14 S. 288 ff., die Zeit der Stellung des bezüglichen Antrags (§§ 13 ff. Gr.O.), wenn aber die nach § 873 notwendige Einigung erst später, also nach der Antragstellung, zustande kommt (vgl. auch § 879 Abs. 2), die Zeit der nachträglichen Einigung maßgebend. Der gutgläubige Erwerber eines Rechts kann rechtswirksam über dasselbe weiter verfügen, auch wenn der Mangel, mit dem es vor seinem Erwerbe behaftet war, seinem Rechtsnachfolger bekannt war.

---

oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich (§§ 1140, 1192).

c) Berichtigung[1]).

1. Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs hat die Existenz eines vom Grundbuch abweichenden dinglichen Rechtszustandes zur Voraussetzung; er ist also nur gegeben (§ 894), wenn der Grundbuchinhalt in Ansehung des Eigentums[2]) oder eines begrenzten Rechts am Grundstücke oder eines Rechts an einem solchen begrenzten Rechte oder endlich einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 2 (oben IV b 2 β) gedachten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht[3]) (R.G. 48 S. 51, 53 S. 375 und 410, J.W. Beil. 02 S. 223, Beil. 03 S. 62, R. 03 S. 210 und 340). Die Eintragung bereits verstorbener Personen im Grundbuch ist unzulässig (K.G. Joh. 25 S. 1131, R. 03 S. 149). Hiernach wird erfordert, daß entweder ein solches Recht, z. B. bei unrechtmäßiger Löschung, eine Grunddienstbarkeit oder eine solche Verfügungsbeschränkung, beispielsweise hinsichtlich einer Hypothek ein Veräußerungsverbot, tatsächlich besteht, aus dem Grundbuch aber nicht ersichtlich ist, oder ein derartiges Recht oder eine derartige Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen ist, tatsächlich aber nicht besteht, der Grundbuchinhalt mithin eine Berechtigung, Belastung oder Beschränkung ergibt, die in Wahrheit überhaupt nicht (R.G. 51 S. 421) oder in anderer Weise existiert, z. B. wenn die Hypothek für den Eigentümer, nicht für den Gläubiger (§ 1163) oder wenn eine Eigentümergrundschuld anstatt der gebuchten Hypothek (§ 1177) besteht. Die Umschreibung des Eigentums an dem einer offenen Handelsgesellschaft gehörenden Grundstück ohne Auflassung auf den Namen eines bisherigen Teilhabers, der bei der Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat und es unter der bisherigen Firma fortführt, ist unzulässig.

2. Der Berichtigungsanspruch, welcher auch der Pfändung und Überweisung unterliegt (vgl. § 848 C.P.O.), sowie der Abtretung (R.G. 46 S. 225, J.W. 01 S. 527, Gr. 01 S. 942, R. 02 S. 236), wird geltend gemacht

[1]) Das Recht, die Berichtigung nach Maßgabe der §§ 894 ff. zu verlangen, steht auch dem Gläubiger einer Briefhypothek des bisherigen preuß. Rechts zu (Art. 192 E.G.; Art. 33 A.G.; R.G. 47 S. 158 ff.).

[2]) Der Eigentumseintrag ist z. B. unrichtig, wenn nicht erkennbar ist, ob Miteigentum zur gesamten Hand oder nach Bruchteilen vorliegt (R.G. 54 S. 86, J.W. Beil. 03 S. 62).

[3]) Der Berichtigungsanspruch besteht für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung (causa) und der dem Eigentümer nach §§ 1137, 1157 gebührenden Einreden (§ 1138).

α) von demjenigen[1]), dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, dem Aktivbeteiligten, z. B. von dem wahren, im Grundbuch nicht verzeichneten Eigentümer, beispielsweise demjenigen, der nach den landesgesetzlichen Vorschriften über Anlandungen (alluvio), entstehende Inseln (insula in flumine nata) und verlassene Flußbetten (alveus derelictus) das Eigentum erworben hat (Art. 65 E.G.), oder von demjenigen, dessen (begrenztes) Recht versehentlich gelöscht, aber noch nicht erloschen ist (§ 901) oder von dem Eigentümer, auf dessen Grundstück eine ungültige Hypothek haftet, auch wenn er sie nicht mit übernommen hat (R.G. R. 02 S. 236), auch von demjenigen, der zur Durchführung des Anspruchs von dem Berechtigten ermächtigt ist (R.G. 53 S. 408, J.W. Beil. 03 S. 47),

β) gegen denjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, den Passivbeteiligten, z. B. gegen den eingetragenen Hypothekengläubiger, dessen Darlehnsforderung nicht zur Entstehung gelangte, mag er eingetragen oder wie häufig, z. B. Erben, nicht eingetragen sein; seiner Einwilligung bedarf es aber bei dem Nachweis (§ 29 Gr.O.) der Unrichtigkeit, z. B. durch Quittung nach § 1143, nicht[2]), insbesondere nicht für die Eintragung oder Löschung einer Verfügungsbeschränkung. Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers oder Erbbauberechtigten (vgl. auch § 84 Gr.O.) kann jedoch, sofern nicht der Fall des § 14 das. vorliegt, nur mit Zustimmung (§ 22 ebendort) des wahren (K.G. R. 03 S. 238) Eigentümers oder Erbbauberechtigten erfolgen. Vgl. noch §§ 23, 27 a. a. O. Wenn das Eigentum mehreren gemeinschaftlich zusteht, ist die Zustimmung sämtlicher Eigentümer erforderlich (K.G. Joh. 25 S. 114).

3. Der dingliche Anspruch des Benachteiligten (2 α), welcher der Verjährung nicht unterliegt (§ 898), richtet sich (§§ 894, 895, 896)

α) auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, also auf Bewilligung der Eintragung des Rechts, z. B. des Eigentums, oder der Verfügungsbeschränkung oder der Änderung des Inhalts der

[1]) Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Berechtigten darf auch von demjenigen beantragt werden, welcher auf Grund eines gegen den einzutragenden Berechtigten vollstreckbaren Titels eine Eintragung in das Grundbuch, z. B. die einer Hypothek, verlangen kann, sofern die Zulässigkeit dieser Eintragung von der vorgängigen Grundbuchberichtigung abhängt (§ 14 Gr.O.; dazu § 41 das.).

[2]) Die Einwilligung ist erforderlich, wenn die Unrichtigkeit des Eintrags lediglich darin gefunden wird, daß die Urkunden, auf Grund deren der Eintrag erfolgte, falsch ausgelegt wurden (K.G. R. 03 S. 397).

Eintragung oder der Löschung der zu Unrecht eingetragenen Belastung oder Beschränkung,

β) auf Eintragung des Rechts des Verpflichteten (2 β), vorausgesetzt, daß ohne diese Eintragung die Berichtigung nicht erfolgen kann (vgl. § 40 Abs. 1, dagegen Abs. 2 und § 41 Gr.O.), wie z. B. nicht die Eintragung des Nacherben ohne Buchung des Vorerben (K.G. R. 03 S. 397).

γ) darauf, daß der Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbrief dem Grundbuchamt vorgelegt, nicht wie z. B. nach den §§ 1144, 1167 ihm ausgehändigt wird, und zwar nur dann, wenn diese Vorlegung zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich ist (vgl. §§ 42, 43, 54 Abs. 2 Gr.O.). Der Vorlegungsanspruch besteht nur gegen den Besitzer des Briefes; er ist aber gegen jeden Besitzer des Briefes gegeben, auch gegen denjenigen, dessen Recht von der Berichtigung nicht betroffen wird, von dem also auch die Zustimmung zur Berichtigung nicht zu verlangen ist (R.G. 47 S. 158 ff.).

d) Widerspruch.

1. Während die Vormerkung lediglich zur Sicherung obligatorischer Ansprüche dient, wird zum Schutze eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden dinglichen Rechtszustandes in den Fällen des § 894, also zur Sicherung des gefährdeten, dem durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs Beeinträchtigten zustehenden dinglichen Anspruchs auf Berichtigung (R.G. R. 03 S. 237) ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen[1]) (§ 899). Gegen einen Widerspruch und auch gegen eine Vormerkung kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden (K.G. Joh. 21 S. 286). Vgl. noch § 1139 (Darlehnsbuchhypothek).

2. Durch die Eintragung des Widerspruchs wird insoweit die Bezugnahme auf die publica fides des Grundbuchs ausgeschlossen (vgl. noch §§ 1140, 1192). Die Eintragung beschränkt aber den Berechtigten in der Verfügung nicht, sie enthält keinen Sperrvermerk.

Ein Recht, wegen dessen ein solcher Widerspruch eingetragen ist, unterliegt der Verjährung nicht (§ 902 Abs. 2) und ist bei der Immobiliarzwangsvollstreckung wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen (§ 48 Zw.G.).

3. Die Eintragung des Widerspruchs setzt voraus (vgl. jedoch noch §§ 18, 23, 76, 54, 71 Abs. 2, 101 Gr.O.)

[1]) Deshalb wird auch der redhibierende Grundstückskäufer durch Eintrag des Widerspruchs gegen die für den Verkäufer gebuchte Restkaufgeldhypothek geschützt (§§ 1138, 1157).

entweder den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen denjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird, den zu dieser Berichtigung Verpflichteten, den Passivbeteiligten,

oder die Bewilligung desselben (vgl. auch § 895 C.P.O.),

oder im Falle des § 1139 (Darlehnsbuchhypothek) den einseitig innerhalb der bestimmten einmonatlichen Frist von dem Eigentümer an das Grundbuchamt gerichteten Antrag.

Der Erlaß der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. das.) erfolgt in gleicher Weise wie für eine Vormerkung (oben III c 1). Bei einer Briefhypothek bedarf es für die durch einstweilige Verfügung angeordnete Eintragung des Widerspruchs der Vorlegung des Hypothekenbriefes nicht, wenn der Widerspruch sich darauf gründet, daß die Hypothek oder die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht bestehe oder einer dilatorischen bzw. peremtorischen Einrede unterliege oder daß die Hypothek unrichtig eingetragen sei (§§ 42, 43 Gr.O.).

4. Bei der Löschung des Widerspruchs kommt wie bei der Vormerkung insbesondere § 25 Gr.O. in Betracht, vgl. auch noch §§ 18, 76 das.

Zweiter Abschnitt: Die einzelnen Rechte an Sachen.

Erstes Kapitel: Das Eigentum.

§ 70.

Inhalt des Eigentums (§§ 903 bis 924).

I. Begriff und Gegenstand.

a) Das Eigentum ist das umfassendste, intensivste Vermögensrecht, das rechtliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, welches dem Berechtigten die Befugnis gewährt,

1. mit dem ihm unterworfenen Objekte nach Belieben zu verfahren, in suo et cum suo nach Gutdünken zu schalten und zu walten (positives Element),

2. andere von jeder Einwirkung auszuschließen (negatives Element), mithin auch die Immission von Imponderabilien zu verbieten (R.G. 11 S. 343, 37 S. 172 ff., 40 S. 184, 45 S. 297, J.W. Beil. 02 S. 240, R. 02 S. 395), vgl. jedoch § 26 R.Gew.O. (Art. 125 E.G.).

Dieses vollendete Herrschaftsverhältnis findet eine doppelte Schranke

α) in dem Gesetze selbst, z. B. in den §§ 826, 904 ff.; auch die schikanöse Ausübung des Eigentums ist unzulässig[1]) (§ 226),

β) in Rechten Dritter, z. B. inhalts der §§ 135 ff., insbesondere durch gewillkürte Belastungen, Erbbaurechte, Dienstbarkeiten usw.

Die Schranken, die dem Eigentümer gezogen sind, gehen nicht so weit, daß er eine erlaubte, nicht über die Grenzen seines Grundstücks hinauswirkende Art der Benutzung seines Grundstücks deshalb unterlassen müßte, weil sie den Wert des Nachbargrundstücks zu beeinträchtigen geeignet ist. Eine ihn benachteiligende, aber in den allgemeinen Gesetzen erlaubte und von der örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde genehmigte Benutzungsart begründet daher keinen Schadenersatzanspruch des Nachbarn (R.G. R. 02 S. 237).

Eigentum kann hiernach vorhanden sein, auch wenn die tatsächliche Gewalt ein Dritter erlangt hat; Eigentümer und Besitzer (§§ 854 ff., 985 ff.) sind nicht identisch.

b) Den Gegenstand des Eigentums bildet nicht alles, was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, z. B. auch ein Recht, sondern nur eine körperliche Sache, eine bewegliche oder unbewegliche; ein dem Sacheigentum analoges Eigentum an einem Rechte kann nicht anerkannt werden, man kann darunter nur das Recht selbst begreifen, welches seinen eigenen Normen untersteht. Der rechtliche Machtbereich des Grundstückseigentümers erstreckt sich auch auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche (R.G. 28 S. 252). Die Einwirkung Dritter kann jedoch in der Höhe oder Tiefe an einem Punkte stattfinden, wo für den Eigentümer ein Interesse an der ausschließlichen räumlichen Herrschaft nicht mehr besteht; sie kann alsdann auch nicht als rechtswidriger Eingriff erachtet und verboten werden.

II. Gesetzliche Begrenzungen.

a) Allgemeine (§§ 904 bis 906).

1. Die Berechtigung des Eigentümers zur Ausschließung fremder Einwirkung fällt fort, so daß ihm nur ein Schadenersatzanspruch[2]) verbleibt, wenn folgende zwei Momente zusammentreffen (§ 904):

α) Die Einwirkung muß zur Abwendung einer gegenwärtigen, nicht künftigen, auch nicht schon vorübergegangenen Gefahr,

---

[1]) Abwehrmaßregeln, welche zugleich das Eigentumsrecht unbeschränkt erhalten sollen, sind auch gegen u n nachteilige Eingriffe Dritter statthaft (R.G. J.W. Beil. 03 S. 86).

[2]) Dieser Anspruch unterliegt der Verjährung auch im Falle des § 902.

gleichgültig, ob sie dem anderen oder einem Dritten, dem Eigentümer oder einem Nachbar, einer Person oder Sache droht, ob sie selbst verschuldet ist oder nicht, notwendig, die Gefahr also auf andere Weise nicht zu beseitigen,

β) der durch die Gefahr drohende Schaden muß gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß, letzterer also bei weitem unerheblicher als ersterer sein.

Unter diesen Voraussetzungen läßt sich auch das Hammerschlags- und Leiterrecht in concreto begründen.

2. Der Grundstückseigentümer muß sich aber auch ferner gefallen lassen (§§ 905, 906)

α) Einwirkungen, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein vermögensrechtliches oder sonstiges Interesse hat, vgl. oben Ib,

β) nicht exzessive Immissionen seitens eines anderen benachbarten oder nicht benachbarten Grundstücks, insbesondere durch direkte oder indirekte Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen usw. (St.A. 95 S. 1; R.G. 12 S. 173, R. 02 S. 237). Die Immission ist insoweit nicht exzessiv, — die Beweislast für den Ausnahmefall trifft den Immittenten — als sie

entweder die Benutzung des Grundstücks, gegen welches sie sich richtet, nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, mithin ein objektives, aus der Beschaffenheit dieses Grundstücks sich ergebendes Interesse nicht verletzt,

oder aber durch eine Benutzung des anderen Grundstücks, von dem sie ausgeht, herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage (R.G. R. 03 S. 18, J.W. Beil. 03 S. 86) in Ansehung der Art und des Maßes gewöhnlich (J.W. Beil. 03 S. 103) ist, so daß das Verbot gegen ein örtliches Herkommen, lokale Gewohnheit (vgl. § 911 Abs. 2), sich richten würde.

Wird die Benutzung eines Grundstücks durch Immissionen wesentlich beeinträchtigt, so hat der beeinträchtigte Eigentümer sie nicht aus dem Grunde zu dulden, weil und insoweit sie erst infolge der veränderten Benutzung seines Grundstücks schädlich geworden sind.

Schlechthin verpönt ist die Zuführung durch eine besondere Leitung.

b) Nachbarliche (§§ 907 bis 924; Art. 124 EG.)

Im Interesse der Nachbarn, der angrenzenden Grundstücke (St.A. 61 S. 26), sind dem Grundstückseigentum noch besondere positive Schranken gezogen, welche sich in Duldungen und Unterlassungen äußern.

1. Gefahrdrohende Anlagen (§§ 907, 908).

a) Ein prinzipielles Präventivverbot schützt das Grundstückseigentum gegen die Herstellung und Haltung solcher Anlagen — Bäume und Sträucher ausgenommen (vgl. jedoch Art. 124 E.G.), — auf Nachbargrundstücken, z. B. wasserführender Gräben und Kanäle, aber auch erst auf Grund menschlicher Tätigkeit funktionierender, gewerblicher und industrieller Einrichtungen, beispielsweise Kloaken, Schweineställe, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder wenigstens ihre Benutzung in der Folge über die Grenze hinaus auf das fremde Grundstück unzulässig einwirken wird, wogegen die bloße Möglichkeit einer derartigen Einwirkung nicht ausreicht. Nicht hierunter fallen solche Anlagen, die sich streng auf der Grundfläche des sie Errichtenden halten, nicht unmittelbar und positiv in das Gebiet des anderen Grundstücks hinübergreifen, wenn sie dieses auch vielleicht, negativ wirkend, z. B. durch Entziehung früher zugeflossenen Lichts, bisher gegebener Aussicht oder Bequemlichkeit beeinträchtigen (R.G. 50 S. 228, 51 S. 254, J.W. Beil. 02 S. 234, R. 02 S. 350).

Der bedrohte Grundstückseigentümer kann noch vor erfolgter Beeinträchtigung die Nichtherstellung bzw. Entfernung der Anlage verlangen. Der Anspruch richtet sich gegen den Störer, also denjenigen, der die Anlage herstellt oder hält, ein Verschulden desselben wird nicht erfordert (vgl. §§ 1004, 924). Wird von seiner Seite dargetan, daß die Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften (Art. 124, 125 E.G.) genügt, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, z. B. §§ 124 ff. I 8 Pr.Allg.Landr., so ist das Verlangen nach Beseitigung der Anlage erst beim tatsächlichen Hervortreten der unzulässigen Einwirkung begründet. In anderen Fällen des negatorischen Eigentumsanspruchs kann gänzliche Beseitigung einer störenden Anlage nur dann verlangt werden, wenn ohne diese Maßregel die unzulässige Einwirkung nicht gehoben werden kann (R.G. J.W. 00 S. 639). Ist der Beseitigungsanspruch dem gefährdeten Nachbarn durch öffentlich rechtliche Vorschriften, z. B. § 26 R.Gew.O., entzogen, so wird ihm bei erweislich sicherer Voraussehbarkeit unzulässiger Einwirkung der Anlage auf sein Grundstück ein Entschädigungsanspruch gegen deren Urheber zustehen

(R.G. R. 02 S. 237). Der § 26 cit. ist aber nur auf die im § 16 aufgezählten gewerblichen Anlagen, zu denen Buchdruckereien z. B. nicht gehören, und auf Dampfkessel anwendbar (§ 24 das.). Der den Dampfkesseln durch § 26 gewährte Schutz erstreckt sich aber nicht auf die Anlage, mit welcher die Kessel zu einem Ganzen verbunden sind (R.G. 11 S. 183 ff., 37 S. 174, 40 S. 182 ff., Gr. Beil. 02 S. 1099).

β) Handelt es sich um an sich nicht gefahrdrohende Anlagen, nämlich um Gebäude und andere mit einem Grundstück verbundene Werke, so wird der Nachbar ebenfalls noch vor Eintritt eines Schadens gegen die bloße durch den Einsturz oder die Ablösung von Teilen drohende Gefahr geschützt. Aber er kann nicht Beseitigung dieser Gegenstände beanspruchen, sondern nur verlangen, daß die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen getroffen werden (§ 924). Passiv legitimiert ist derjenige, welcher nach den §§ 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für eintretenden Schaden verantwortlich sein würde.

2. Vertiefung (§ 909).

Die Vertiefung eines Grundstücks darf nicht in der Weise erfolgen, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß — die Beweislast für den Ausnahmefall trifft den auf Unterlassung bzw. Beseitigung in Anspruch genommenen Teil (§§ 1004, 924) — für eine genügende anderweite Befestigung, z. B. die Bildung einer das Nachstürzen des Erdreichs verhindernden Böschung oder Vorrichtung gesorgt ist. Der Verstoß gegen diese Vorschrift macht bei Verschulden gemäß § 823 Abs. 2 schadenersatzpflichtig (R.G. 51 S. 179).

3. Überhang (§ 910; Art. 122, 183 E.G.).

Der Grundstückseigentümer ist nicht befugt, die Beseitigung der von dem Nachbar her eingedrungenen Wurzeln eines Baumes oder Strauches oder herüberragender Zweige mit der actio negatoria zu beanspruchen (St.A. 16 S. 255). Dagegen steht ihm ein Selbsthilferecht zu eigenmächtiger Entfernung und Aneignung der Wurzeln und Zweige zu, bezüglich der letzteren allerdings erst nach fruchtlosem Ablaufe einer dem Besitzer des Nachbargrundstücks zur Beseitigung zu bestimmenden Frist; unerheblich ist es, ob die Wurzeln und Zweige von Bäumen oder Sträuchern, z. B. lebendigen Hecken, herrühren und ob sich Früchte an den Zweigen befinden. Aber die Selbsthilfebefugnis ist ausgeschlossen und der Grundstückseigentümer zur

Duldung des fremden Eingriffs verpflichtet, wenn die Wurzeln oder Zweige die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigen.

4. Überfallsrecht (§ 911).

Überfallende, nicht überhängende Früchte gebühren dem zum Fruchtbezuge an dem Nachbargrundstücke Berechtigten; dient jedoch dieses Grundstück dem öffentlichen Gebrauche, so wird der bisherige Baum (Frucht) eigentümer dort einsammeln dürfen, ev. greift § 959 Platz.

5. Grenzüberbau (§§ 912 bis 916)[1].

α) Rückt der Grundstückseigentümer bei der Errichtung eines Gebäudes, eines nach Angabe der Baukunst zur Einschließung einer Grundfläche aufgeführten Werks — nicht darunter fallen Grenzmauern, Zäune, Scheidewände, Planken, Eisenbahndämme (Ob. Trib. 38 S. 74, St.A. 96 S. 172, 97 S. 91) — von seinem eigenen Grund und Boden über die nachbarliche (R.G. J.W. 01 S. 545) Grenze hinaus, unverschuldet, nämlich, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (R.G. 52 S. 17, J.W. Beil. 02 S. 258, R. 02 S. 434), so hat der durch den Überbau Beeinträchtigte, derjenige, dem das Eigentum, ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstück zusteht, den Überbau zu dulden und keinen Anspruch (§ 1004) auf Zurückrückung. Der Überbauende hat den Mangel des Verschuldens zu beweisen (R.G. 47 S. 117). Die Duldungspflicht des Beeinträchtigten besteht nicht, wenn er — den Ausnahmefall hat er zu beweisen — vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. Die Erhebung solchen Protestes beseitigt die Begünstigung des Bauenden, dagegen schließt die Unterlassung des Widerspruchs die negatoria aus.

β) Durch den Überbau wird weder das Eigentum an der überbauten Grundfläche noch das an dem Gebäude (§ 95) berührt. Aber der benachteiligte Terraineigentümer kann von seinem Nachbar, dem Gebäudeeigentümer, sofort nach der Grenzüberschreitung oder auch später — der Anspruch unterliegt nicht der Verjährung (§ 924) — die Leistung des Kapitalwerts der ihm entzogenen Grundfläche gegen Übertragung ihres Eigentums (§ 925) beanspruchen; er ist hierzu berechtigt, aber nicht verpflichtet. Macht er jedoch von dieser Befugnis Gebrauch, so wird er in Ansehung

[1]) Diese Bestimmungen finden Anwendung, auch wenn der Überbau schon vor dem 1. 1. 00 errichtet ist (R.G. 46 S. 145, 146). Ein Überbau liegt auch dann vor, wenn der Bau sich über ein ganzes Nachbargrundstück erstreckt (R.G. 52 S. 16).

seiner Rechte und Pflichten als Verkäufer, der andere Teil als Käufer beurteilt (§§ 433 ff.); insbesondere bestimmt sich auch der Gewährleistungsanspruch nach den §§ 434 ff., 439 ff. Bis zur Übertragung des Eigentums ist die Rente (γ) fortzuentrichten. — Ein beeinträchtigter Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigter kann aber den Kapitalswert seines Rechts gegen Überlassung desselben nicht fordern.

γ) Der Duldungspflichtige, derjenige, dem jeweilig das Eigentum oder ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an der bebauten Fläche zusteht, wird — die Ansprüche aller andern durch den Überbau benachteiligten Interessenten auf Entschädigung richten sich nach den allgemeinen Rechtsnormen — für die Zeit der Duldung durch den Genuß einer von dem jeweiligen Eigentümer des anderen Grundstücks jährlich im voraus zu entrichtenden angemessenen (vgl. jedoch unten $\gamma\gamma$) Geldrente (Art. 116 E.G.) entschädigt, für deren Höhe die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend ist und bleibt. Das Recht auf die Rente ist hiernach subjektiv und objektiv dinglich (vgl auch § 917 Abs. 2).

$\alpha\alpha$) Es geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren vor, sowohl denjenigen, deren Wirksamkeit von der Eintragung abhängt, als auch denjenigen, die ohne solche (vgl. z. B. Art. 187, 188 E.G.) dinglichen Bestand haben.

$\beta\beta$) Es erlischt von selbst mit der Beseitigung des Überbaues ohne Rücksicht darauf, ob sie zufällig oder absichtlich geschieht, während zur Wirksamkeit eines Verzichts auf das Recht, aber nicht auf einzelne Prästationen (§ 397), die Eintragung gehört (vgl. noch § 876; § 21 Gr.O.).

Bei der Subhastation des belasteten Grundstücks bleibt das Recht auch dann bestehen, wenn es bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist (§ 52 Abs. 2 Zw.G.).

$\gamma\gamma$) Das Recht auf die Rente wird in das Grundbuch des belasteten Grundstücks nicht eingetragen, die Eintragung kann aber auf dem Blatte des rentenberechtigten Nachbargrundstücks (§§ 8, 7 Gr.O.) erfolgen. Dagegen ist die Eintragung, wie zum Verzicht auf das Rentenrecht, zur vertragsmäßigen Feststellung der Höhe der Rente erforderlich; durch solche Fixierung werden jedoch diejenigen Interessenten, die daran nicht teilnehmen, nicht gebunden. Haben also die Eigentümer der beteiligten Grundstücke ohne Zuziehung der Hypothekengläubiger die Vereinbarung getroffen, so werden die vor dem

Vertragsschluß eingetragenen Hypothekengläubiger gleichwohl gemäß § 1126 den angemessenen Betrag fordern können.

δδ) Die Rente hat einen reallastähnlichen Charakter, sie wird deshalb auch im übrigen wie eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers des überbauten Grundstücks bestehende Reallast behandelt. Hieraus folgt insbesondere, daß

α_2) bei Nichtentrichtung der Rente nicht die Beseitigung des Überbaues, sondern mit der dinglichen und persönlichen Klage (§§ 1107, 1108) nur Leistung, also Zahlung der Rente gefordert werden kann,

β_2) die Ansprüche auf Rückstände in vier Jahren verjähren (§§ 197, 201, 223 Abs. 3, 1107).

6. Notweg (§§ 917, 918; Art. 123 E.G.).

α) Während nach gem. Recht nur durch richterliches Urteil ein Notweg geschaffen werden kann, wird nunmehr dem Eigentümer des der Verbindung ermangelnden Grundstücks gegen alle umliegenden Nachbarn ein Anspruch auf Duldung eines Notwegs eingeräumt.

β) Voraussetzung für diesen Anspruch ist, daß dem Grundstück die zur ordnungsmäßigen, d. h. der natürlichen Beschaffenheit entsprechenden (St.A. 8 S. 61, 31 S. 112) Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt, ohne welche ein solcher Gebrauch unmöglich sein würde (St.A. 56 S. 193, 77 S. 202).

Die Verpflichtung der umliegenden, die Verbindung mit dem öffentlichen Wege hindernden Nachbarn, und zwar derjenigen, welchen an den Nachbargrundstücken das Eigentum, ein Erbbaurecht, oder eine Dienstbarkeit zusteht, geht dahin, die Benutzung dieser Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung bis zur Hebung des Mangels zu dulden.

Der Anspruch des berechtigten Eigentümers, welcher der Verjährung nicht unterliegt (§ 924), ist durch Klage, auch, abweichend von St.A. 46 S. 306, durch Einrede gegen die negatoria, verfolgbar — das den Anspruch feststellende Urteil hat aber nicht konstitutive, sondern nur deklaratorische Kraft. Ist der Anspruch unstreitig, so kann trotzdem mangels Einverständnisses der Beteiligten eine richterliche Entscheidung noch in zwei Beziehungen sich als erforderlich erweisen, nämlich

αα) hinsichtlich der Richtung des Notwegs (St.A. 71 S. 146).

ββ) hinsichtlich des Umfangs des Benutzungsrechts.

γ) Die nachbarliche Wegepflicht tritt nicht ein — die Beweislast trifft die an sich wegepflichtigen Nachbarn, während bei der Grenzüberschreitung (5) umgekehrt der Bauende die subjektive Voraussetzung des unverschuldeten Irrtums darzutun hat —, wenn die Zugangsnot von dem Eigentümer selbst verschuldet, durch seine willkürliche, also nicht zufällige, sondern von seinem Willen abhängige und ihm deshalb zuzurechnende Handlung die bisherige Verbindung seines Grundstücks mit dem öffentlichen Wege aufgehoben wird. Ausnahmsweise besteht jedoch die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs, wenn bei der willkürlichen Veräußerung einer Grundstücksparzelle oder eines von mehreren demselben Eigentümer gehörigen Grundstücken die abgezweigte oder die nicht abgezweigte Parzelle bzw. das veräußerte oder zurückbehaltene Grundstück von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten wird. In einem derartigen Falle gilt der erforderliche Zugang als ausbedungen und bewilligt, der Veräußerer oder Erwerber, der des Weges bedarf, als berechtigt, der andere Teil als wegepflichtig; die Entschädigungsforderung ist auch hier gegeben.

δ) die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, können — anders beim Überbau (oben 5 β) — Wertersatz gegen Übertragung ihres Eigentums nicht beanspruchen. Die Entschädigung wird lediglich durch eine Geldrente gewährt, auf welche die oben 5 γ erörterten Grundsätze entsprechende Anwendung finden.

ε) Ein possessorischer Schutz des Wegerechts findet nicht statt (vgl. jedoch § 1029).

7. Grenzerneuerung, Grenzregulierung (§§ 918, 919). Die Grenzerneuerung hat die Abmarkung der unstreitigen, die Grenzregulierung die Berichtigung der streitigen Grenze zum Gegenstande.

α) Die Errichtung fester Grenzzeichen und bei Verrückung oder Unkenntlichkeit die Wiederherstellung, die äußere, die Anerkennung des Grenzzuges beweisende Kenntlichmachung oder Kenntlichhaltung der Grenze liegt im gemeinschaftlichen Interesse der Grundstücksnachbarn, bildet ihr gemeinschaftliches Geschäft, vgl. auch wegen der Kosten § 919 Abs. 3. Deshalb steht jedem der benachbarten Eigentümer gegen die anderen der der Verjährung nicht unterliegende (§ 924) Anspruch auf Mitwirkung bei diesem Geschäfte zu. Den Interessenten bleibt es unbenommen, die Art der Abmarkung und das Verfahren zu vereinbaren; mangels solcher Vereinbarung

sind die Landesgesetze, z. B. die §§ 383 ff. I 17 Pr. Allg. Landr., maßgebend, ev. entscheidet die Ortsüblichkeit, das lokal Hergebrachte (vgl. § 906).

β) Im Falle der Grenzverwirrung (§ 24 C.P.O.) handelt es sich um die Ermittlung der wahren Eigentumsgrenze (actio finium regundorum); der Anspruch unterliegt auch hier der Verjährung nicht (§ 924). Für die richterliche Entscheidung ist in erster Linie der Besitzstand maßgebend (Präsumtion zugunsten der Besitzgrenze), ev. ist jedem der Nachbargrundstücke, wie nach gem. Recht, ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzusprechen (iudicium duplex). Soweit jedoch die Abgrenzung nach Maßgabe dieser Grundsätze zu einem unrichtigen, mit den im Prozeß ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke nicht übereinstimmenden Ergebnis führt, hat das Gericht, auch wenn Widerklage nicht erhoben ist, die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht (St.A. 54 S. 210). Hieraus folgt, daß

αα) nach rechtskräftiger Feststellung der Grenze auf die Grenzscheidungsklage hin die rei vindicatio nicht mehr zulässig ist (St.A. 43 S. 119, 49 S. 146),

ββ) nach rechtskräftiger Feststellung des Eigentums an einer streitigen Grenzfläche auf die rei vindicatio die Grundlage für die actio fin. reg. fehlt,

γγ) nach Abweisung der rei vindicatio die Grenzscheidungsklage noch statthaft und von Erfolg sein kann (St.A. 89 S. 55), da es sich bei ihr nicht um das Eigentum an einem bestimmten Grenzstreifen, sondern um Beseitigung der Unsicherheit der Grenze handelt.

8. Grenzanlagen (§§ 921, 922)[1]).

α) Ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht, nicht ein Miteigentum der Nachbarn (R.G. Gr. 01 S. 1018, J.W. Beil. 03 S. 39) an einer zum Vorteile ihrer Grundstücke dienenden Grenzeinrichtung, insbesondere an einem Zwischenraume, Raine, Winkel, einem Graben, einer Mauer, einer Hecke, Planke, wird vermutet, diese Vermutung jedoch durch das Vorhandensein äußerer, auf das Alleineigentum eines der Nachbarn hinweisender Merkmale widerlegt, so daß die Gemeinschaftlichkeit ev. anderweit nachgewiesen werden muß. Das Eigentum an der

---

[1]) Vgl. bezüglich der Scheidemauer Art. 23 und 24 A.G. (Art. 181, 124 E.G.).

gemeinschaftlichen Mauer steht bis zur geometrischen Grenze jedem Nachbar als Sondereigentum zu. Erteilt der Nachbar die Zustimmung zur Erhöhung der ganzen Mauer, so wird er auf Grund seines Eigentumsrechts die Befugnis haben, den auf seinem Grundstücke stehenden Teil der erhöhten Mauer ohne Entschädigung des Bauenden auch seinerseits in Benutzung zu nehmen. Im übrigen kann jeder Nachbar die Mauer zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt, also auch zum Aufbau, insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird (R.G. 53 S. 311, J.W. Beil. 03 S. 39, R. 03 S. 236).

β) Der Inhalt des gemeinschaftlichen Benutzungsrechts ergibt sich aus dem Zweck der Einrichtung, dieser aus ihrer Art und Beschaffenheit. Aber das Benutzungsrecht jedes Nachbars findet seine Schranke in dem nicht zu beeinträchtigenden Mitbenutzungsrechte des anderen, es wird nur insoweit anerkannt, als eine solche Beeinträchtigung nicht stattfindet.

Das Rechtsverhältnis zwischen den Nachbarn bestimmt sich nach den §§ 741 ff. mit folgenden Modifikationen:

αα) Abweichend von § 748 sind die Unterhaltungskosten nicht verhältnismäßig, sondern ohne Rücksicht auf Vorteil und Umfang der Benutzung zu gleichen Teilen zu tragen.

ββ) Solange einer der Nachbarn an dem Fortbestande der Einrichtung irgend ein Interesse hat, darf sie trotz §§ 745, 749 nicht ohne seine Zustimmung beseitigt oder geändert werden.

9. Grenzbaum (§ 923; Art. 122, 183 E.G.).

α) Ein Grenzbaum (Strauch) ist wie nach gem. Recht vorhanden, wenn die Grenze den Baum beim Heraustritt des Stammes aus der Erde durchschneidet. Vor seiner Fällung gehört er pro diviso den Grundstückseigentümern; inhalts der §§ 93, 94 kann von einem condominium pro indiviso oder von einem Sonderrecht am Baum nicht die Rede sein. Nach der Fällung des Baumes, dessen Mobilisierung, ergibt sich eine Gemeinschaft der Nachbarn pro indiviso zu gleichen Teilen, wie sie schon vorher in Ansehung der Baumfrüchte angenommen wird.

β) Die aus dem Eigentum an sich folgende Befugnis jedes Nachbars, den Grenzbaum oder Grenzstrauch auf seiner Seite zu zerstören, ist mit Rücksicht auf deren organische Natur nicht anerkannt, dagegen jedem Nachbar gegen den andern der nicht verjährende (§ 924)

Anspruch auf Beseitigung des Baumes oder Strauches eingeräumt. Dieser Anspruch ist jedoch ausgeschlossen — den Ausnahmefall hat der der Zerstörung widersprechende Teil darzutun —, wenn der Baum oder Strauch als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann.

γ) Verzichtet aber ein Nachbar, gegen den das Verlangen nach Beseitigung gerichtet wird, auf sein Recht an dem Baume (Strauche), so erwirbt der andere mit der Trennung das Alleineigentum und dadurch die Befugnis zur freien Verfügung und Aneignung der Früchte.

δ) Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn nicht verhältnismäßig, sondern zu gleichen Teilen zur Last, im Falle γ trägt sie der die Zerstörung fordernde Nachbar allein.

§ 71.

Erwerb und Verlust des Grundstückseigentums[1]

(§§ 925 bis 928).

I. Eigentumserwerb[2]).

a) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke ist nach der allgemeinen Vorschrift des § 873

---

[1]) Für Grundstücke, die im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechts belegen sind, gelten nach Art. 26 A.G. folgende Vorschriften (Art. 143 E.G.):

a) Die Auflassung, in gleicher Weise auch die zur Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts erforderliche Einigung, kann außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem anderen preuß. Amtsgericht oder vor einem preuß. Notar erklärt werden. Durch Königliche Verordnung kann bestimmt werden, daß auch die Amtsgerichte oder die Notare anderer Bundesstaaten zuständig sind.

Jeder Teil ist zu verlangen berechtigt, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamt erfolgt.

Die bei der Auflassung vor Gericht oder Notar von dem Erwerber bewilligten Eintragungen werden nach den §§ 19, 40 Gr.O. zu erfolgen haben.

b) Bei der Auflassung bedarf es der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile nicht, wenn das Grundstück durch ein Amtsgericht oder einen Notar versteigert worden ist und die Auflassung noch in dem Versteigerungstermine stattfindet. Die in einem notariellen Versteigerungsprotokoll abgegebenen Auflassungserklärungen sind deshalb als gleichzeitige auch dann anzusehen, wenn die Vollziehung der Verhandlung von den Beteiligten zu verschiedenen Zeiten bewirkt wird.

[2]) Vgl. noch § 1017 (Erbbaurecht); Art. 63, 68, 88, 184, 196 E.G. Zur Übertragung des Eigentums an einem (buchungsfreien) Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu

1. die Einigung (R.G. 54 S. 381 ff.) des Veräußerers und des Erwerbers über den Eintritt der Rechtsänderung (Auflassung)[1],

2. die Eintragung der Veräußerung in das Grundbuch erforderlich. Ist vor der Auflassung eine das Eigentumsrecht betreffende Eintragung, z. B. eine Hypothekenbestellung, beantragt, so darf die Eigentumseintragung nicht vor der Erledigung des früher gestellten Antrags erfolgen (§§ 17, 18 Gr.O.; R.G. 28 S. 349). Nach der Auflassung kann der Veräußerer rechtsgültige Verfügungen über das Grundstück nicht mehr treffen (K.G. Joh. 1 S. 75, 8 S. 74 ff.).

Die Auflassung in Verbindung mit der Eintragung heilt auch den Formmangel des zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrags (§ 313; R.G. 52 S. 4, 54 S. 109).

Die Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück einer offenen Handelsgesellschaft auf den Namen eines Teilhabers, welcher bei Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat und es unter der bisherigen Firma fortführt, ist erst nach vorgängiger Auflassung des ganzen Grundstücks zulässig (K.G. R. 02 S. 347).

Das Besondere besteht nur darin,

α) daß die Einigung (Auflassung), um wirksam zu sein (§ 925 Abs. 1), bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile, uno actu, vor dem Grundbuchamt, vgl. jedoch Art. 143 E.G., erklärt werden muß (§ 20 Gr.O.; K.G. R. 02 S. 554); die Beteiligten brauchen aber nicht persönlich zu erscheinen; Vertreter sind zulässig, auch Vertreter ohne Vertretungsmacht, die Genehmigung kann nachträglich gemäß § 177 erfolgen (K.G. Joh. 22 S. 147),

β) daß die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgte Auflassung unwirksam ist (§ 925 Abs. 2), da jede Ungewißheit des Eigentums vermieden werden soll. Soll das Recht des Erwerbers

---

werden braucht, vgl. § 90 Gr.O., ist nach Art. 27 A.G. die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über den Eintritt der Übertragung erforderlich. Die Einigung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (vgl. § 128); wird einer der Beteiligten durch eine öffentliche Behörde vertreten, so genügt die Beurkundung durch einen nach Art. 12 § 2 A.A. für die Beurkundung des Veräußerungsvertrags zuständigen Beamten. Das Erfordernis der Eintragung wird damit hier beseitigt (Art. 127 E.G.). Die Übertragung des Eigentums kann auch hier entsprechend dem § 925 Abs. 2 nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen. Vgl. noch Art. 112, 113, 126, 189 E.G.

[1]) Vgl. §§ 894 ff., 898 C.P.O. (R.G. J.W. 03 S. 272).

inhalts des der Auflassung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (§ 313, Art. 142 E.G.; § 98 Gr.O.) kein unbedingtes und zeitlich unbegrenztes sein, z. B. dem Veräußerer ein Rückfallsrecht zustehen[1]), so wird sich derselbe in Gemäßheit der §§ 883ff. (Vormerkung), 1184ff. (Sicherungshypothek), in Ansehung der Früchte auch durch Bestellung eines Nießbrauchs (§§ 1030 ff.), zu sichern vermögen. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Veräußerung wie die persönliche Verpflichtung nach § 314 auch auf das Zubehör (§§ 97, 98) erstrecken soll.

α) Der Erwerber des Grundstücks erlangt mit dem Grundstückseigentum auch das Eigentum an den mitveräußerten, zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Pertinenzen ohne Übergabe (St.A. 98 S. 33), jedoch nur, soweit sie dem Veräußerer gehören; von der Veräußerung ausgenommene, wenn auch auf dem Grundstück belassene Zubehörstücke gehen aber abweichend von St.A. 96 S. 281 auf den Grundstückserwerber nicht über.

β) Soweit Zubehörstücke dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, kann der Grundstückserwerber nur durch Erlangung des Besitzes auf Grund der Veräußerung das Eigentum nach Maßgabe der §§ 932 bis 936 erwerben; für seinen guten Glauben ist die Zeit der Erlangung des Besitzes maßgebend (§ 926).

Will der nicht eingetragene wahre Eigentümer sein Eigentum übertragen, so kann er zu diesem Zwecke seinen Berichtigungsanspruch abtreten, statt ihn erst selbst zu verfolgen und dann aufzulassen (R.G. J.W. 01 S. 527).

b) Der 30jährige Eigenbesitz eines Grundstücks führt den Besitzer, wenn er auch formeller Bucheigentümer ist, nach Maßgabe des § 900, wenn er dies aber nicht ist, erst nach Erwirkung eines Ausschlußurteils (§§ 977ff. C.P.O.) und seiner Eintragung als Eigentümer auf Grund des § 927 (R.G. Gr. 00 S. 862) zu einem unmittelbaren Eigentumserwerb (Tabularersitzung). Ein Dritter, insbesondere auch der wahre Grundstückseigentümer kann nur

[1]) Das mit rückwirkender Kraft ausgestattete Rückfallsrecht des rhein. Rechts in Ansehung des Grundstückseigentums verwandelt sich zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in einen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums und Befreiung des Grundstücks von den dem Rückfallsberechtigten gegenüber nicht wirksamen Belastungen. Diejenigen, gegen welche sich der Anspruch richtet, sind verpflichtet, die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs zu bewilligen. Die vor der vorerwähnten Zeit erfolgte Eintragung des Rückfallsrechts gilt als Eintragung einer Vormerkung (Art. 25 A.G.).

dadurch verhindern, daß das Ausschlußurteil gegen ihn Wirksamkeit erlangt, daß er vor Erlaß desselben seine Eintragung als Eigentümer oder wegen seines Eigentums die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt [1]).

Der Eigentumserwerb in der Subhastation vollzieht sich nach den §§ 90, 55 Zw.G. (R.G. 45 S. 284 ff.). — Vgl. noch Art. 65 E.G.

II. Eigentumsverlust (§ 928).

a) Das Erlöschen des Eigentums (Dereliktion) setzt ein Doppeltes voraus:

1. die Abgabe der einseitigen, der Annahme nicht bedürfenden Verzichtserklärung des Eigentümers dem Grundbuchamt gegenüber (§ 130 Abs. 3),

2. die Eintragung dieses Verzichts im Grundbuch. Vgl. noch § 58 C.P.O.

Durch die Besitzaufgabe ist die Dereliktion nicht bedingt.

b) Die Befugnis zur Aneignung des derelinquierten Grundstücks steht lediglich (vgl. jedoch Art. 129 und 190 E.G.) dem Fiskus des Bundesstaates zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt. Aber auch der Fiskus erwirbt das Eigentum nicht schon mit der Dereliktion, sondern erst dadurch, daß er sich als Eigentümer eintragen läßt.

§ 72.

Erwerb und Verlust des Eigentums beweglicher Sachen (§§ 929 bis 984).

I. Übertragung (Tradition).

a) Die Übertragung des Eigentums erfordert, wie nach gem. Recht, ein Doppeltes [2]):

1. die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers hinsichtlich des Eigentumsübergangs (Vertragsprinzip),

2. die Übergabe (§§ 854 ff.) der Sache [3]) an den Erwerber (Traditionsprinzip). Vgl. § 897 C.P.O.

---

[1]) Vgl. noch Art. 1 IV § 21 A.G. z. R.G. v. 17. 5. 98 betr. Änder. der C.P.O.

[2]) Vgl. auch § 1032 und §§ 1205, 1206 wegen Bestellung des Nießbrauchs und Pfandrechts, sowie §§ 1117, 1154 wegen Übergabe des Hypothekenbriefes. Verfügt eine Ehefrau durch Vertrag über eingebrachtes Gut (§ 1396), so geht trotz Übergabe der Sache das Eigentum vor der Genehmigung des Mannes auf den Erwerber nicht über (R.G. 54 S. 47).

[3]) Wegen Ersatzmittel vgl. §§ 424 (Lagerschein), 450, 451 (Ladeschein), 647 ff.

1. Die Einigung ist wie die des § 873, insbesondere die Auflassung (§ 925), von einer materiellen causa unabhängig und charakterisiert sich deshalb ebenfalls als ein abstrakter, dinglicher Vertrag, sie verpflichtet nicht, sondern schafft in Verbindung mit der Übergabe das Recht. Der Verpflichtungsgrund zur Begründung des Rechts kann in einem materiellen oder abstrakten Schuldverhältnis bestehen. Die Unwirksamkeit dieser causa berührt den Eigentumsübergang nicht, sie kann nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung gewähren. Sie reicht ohne das Traditionserfordernis lediglich dann zum Eigentumsübergange aus (§ 929 Satz 2), wenn der Erwerber sich bereits im Besitze der Sache befindet, brevi manu traditio.

2. Als Surrogate der körperlichen Übergabe [1]) sind hier zugelassen:

α) das constitutum possessorium (§ 930). Dasselbe besteht in der Vereinbarung einer rechtswirksamen, insbesondere auch formell rechtsbeständigen causa zwischen dem im (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz befindlichen Veräußerer und dem Erwerber, vermöge welcher der letztere den mittelbaren Besitz (§§ 868, 871) der Sache erlangt (R.G. 5 S. 181, 24 S. 307, 49 S. 172, 52 S. 130, J.W. 02 S. 10, R. 03 S. 152), der Veräußerer mithin, z. B. als Nießbraucher, Mieter, Entleiher, Verwahrer, ihm gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist [2]),

β) die Abtretung des dem Veräußerer gegen den dritten Besitzer der Sache zustehenden Anspruchs auf Herausgabe an den Erwerber (§ 931). Abweichend von § 870 wird hier der mittelbare Besitz des Veräußerers nicht vorausgesetzt; auch der nicht besitzende Veräußerer kann seinen Anspruch abtreten. Wesentlich ist nur, daß sich ein Dritter im Besitze der Sache befindet (vgl. § 986) [3]).

Aus § 930 ergibt sich auch die Zulässigkeit des sog. Sicherungskaufs (R.G. J.W. Beil. 02 S. 259).

(Konnossement) H.G.B. Bei der Übergabe der Sache, nicht nachträglich, ist der Eigentumsvorbehalt rechtlich möglich, in solchem Falle wird Verkäufer der Sache mittelbarer Besitzer (R.G. 54 S. 397).

[1]) Vgl. § 474 H.G.B. (Seeschiff- und Schiffspartveräußerung).

[2]) Ein abstraktes constitutum poss. reicht nicht aus (R.G. 54 S. 398, J.W. Beil. 03 S. 80).

[3]) Zur Übertragung des Eigentums an einzelnen Bestandteilen einer Sachgesamtheit, z. B. eines Warenlagers, bedarf es der individuellen Bestimmung der einzelnen Bestandteile ohne Rücksicht darauf, ob es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt (R.G. 52 S. 385 ff., 391). — Der Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs gilt nicht ohne weiteres mit der Abtretung der Forderung als mitabgetreten (R.G. 54 S. 111, R. 03 S. 361).

b) Abweichend von dem gemeinrechtlichen Prinzip: nemo plus iuris in alterum transferre potest quam ipse habet, vollzieht sich der Eigentumserwerb unabhängig von dem Eigentum des Veräußerers, schließt der Rechtsmangel in dessen Person den Eigentumsübergang nicht aus[1]). Auch darauf kommt es nicht an, ob die Veräußerung entgeltlich oder unentgeltlich geschieht.

Der Erwerber wird vielmehr ohne Rücksicht hierauf Eigentümer der dem Veräußerer nicht gehörigen Sache, indessen

1. in dem Falle des § 929 Satz 2 (br. manu traditio) nur dann, wenn er den Besitz von dem Veräußerer, nicht sonstwie, also nicht von einem Dritten oder zufallsweise, erlangt hatte (§ 932 Abs. 1),

2. bei Veräußerung durch constitutum possess. erst mit der tatsächlichen Übergabe (§ 933),

3. bei Veräußerung durch Zession des Herausgabeanspruchs mit der Zession, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist, sonst erst mit der tatsächlichen Erlangung des Besitzes von dem Dritten (§ 934).

Allein der Eigentumsübergang tritt ausnahmsweise dann nicht ein, wenn

entweder der Erwerber in dem für den Erwerb entscheidenden Momente — mala fides superveniens non nocet — nicht in gutem Glauben ist, d. h. Kenntnis davon besitzt, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört oder dies nur aus grober Fahrlässigkeit (culpa lata) nicht weiß (§ 932 Abs. 2), mit anderen Worten, wenn ein unredlicher Erwerb in diesem Sinne vorliegt (R.G. 6 S. 22, S. 87, 9 S. 146); darüber hinaus wird bei der Veräußerung einer fremden Sache durch einen Kaufmann in dessen Handelsbetriebe der gute Glaube des Erwerbers auch dann geschützt, wenn er die Befugnis des Veräußerers, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft (§ 366 H.G.B.)

oder die veräußerte fremde Sache dem Eigentümer oder bei nur mittelbarem Besitz desselben dem tatsächlichen Besitzer wider Wissen und Willen entzogen (R.G. 1 S. 255), insbesondere gestohlen oder verloren gegangen war (§ 935 Abs. 1). Gibt der unmittelbare Besitzer die Sache freiwillig weg, veräußert er sie z. B., so ist sie dem mittelbaren Besitzer nicht abhanden gekommen, der gutgläubige Erwerber hat mithin Eigentum erlangt (R.G. 54 S. 72, R. 03 S. 361, J.W. Beil. 03 S. 62).

[1]) Vgl. § 898 C.P.O.

Vgl. noch § 1007. Der Grundsatz: Hand muß Hand wahren und demgemäß der Schutz des guten Glaubens tritt jedoch trotz solchen Abhandenkommenseins in volle Geltung (§ 935 Abs. 2), wenn es sich handelt um

α) Geld (vgl. oben S. 93), auch unentgeltlich überkommenes,

β) Inhaberpapiere, insbesondere Schuldverschreibungen auf Inhaber (§§ 793 ff.) und Inhaberaktien; — hierbei ist, wenn der Erwerber ein Bankier oder Geldwechslergeschäfte betreibender Kaufmann ist, § 367 H.G.B. wegen Ausschluß des guten Glaubens zu berücksichtigen [1]) —

γ) eine im Wege öffentlicher Versteigerung (§ 383 Abs. 3) veräußerte Sache [2]).

Die Veräußerung einer beweglichen Sache durch den Gemeinschuldner ist nach § 7 K.O. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Vgl. oben S. 167 ff.

c) Der Erwerber wird nicht bloß gegen den totalen Rechtsmangel des Veräußerers, sein Nichteigentum, sondern auch gegen einen partiellen Rechtsmangel, die Belastung der veräußerten Sache mit dem Rechte eines Dritten, z. B. Nießbrauch, Pfandrecht, geschützt [3]). Dieser Schutz wird dadurch gewährt, daß mit dem Erwerbe des Eigentums der veräußerten Sache das Recht des Dritten erlischt. Das Erlöschen erfolgt jedoch, mag auch der Veräußerer Sacheigentümer sein,

1. bei der Übertragung der Sache durch bloße Einigung, brevi manu traditio (§ 929 Satz 2), nur dann, wenn der besitzende Erwerber den Besitz von dem Veräußerer und nicht von einem Dritten oder zufallsweise erlangt hatte,

2. bei Veräußerung sowohl durch constit. poss. als auch seitens eines nicht in mittelbarem Besitze befindlichen Veräußerers durch Abtretung des Herausgebeanspruchs (§§ 930, 931) erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt (§ 936 Abs. 1).

Ausnahmsweise erlischt das Recht des Dritten nicht, — den Ausnahmefall hat der den Fortbestand der Belastung behauptende Teil zu erweisen —

α) wenn es im Falle des § 931 cit. (actio cessa) dem dritten Besitzer selbst zusteht, so daß auch ein gutgläubiger Sacherwerber es zu respektieren hat,

[1]) Für Wechsel und indossable Ordrepapiere gilt Art. 74 W.O. (§ 365 H.G.B.).

[2]) Vgl. noch § 806 C.P.O.

[3]) Vgl. §§ 1032, 1242, 1244; § 898 C.P.O.

β) wenn der Erwerber zu der für das Erlöschen maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechts nicht in gutem Glauben ist, mithin in dem kritischen Momente die Belastung der Sache mit dem Recht kennt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 936 Abs. 2, 3).

Darüber hinaus wird nach § 366 H.G.B. der gute Glaube geschützt, wenn er die Befugnis des Veräußerers (Verpfänders) zur Verfügung über die Sache ohne Vorbehalt des Rechts betrifft.

II. Ersitzung (§§ 937 bis 945; Art. 185, 169 ff. E.G.).

a) Erfordernisse.

Die einzelnen Erfordernisse der Eigentumsersitzung[1]) sind (§ 937):

1. eine bewegliche Sache (res habilis), also nur ein körperlicher Gegenstand (§ 90), welcher kein Immobile ist, deshalb nicht Rechte, nicht Grundstücke[2]) und deren wesentliche Bestandteile (§§ 93 ff.); res furtivae (§ 935) sind von der Ersitzung nicht ausgeschlossen,

2. Eigenbesitz (possessio), mittelbarer (vgl. § 941) oder unmittelbarer; wer aber die Sache als fremdes Eigentum besitzt, wie der Mieter, Pächter, kann nicht ersitzen (§§ 872, 868). Der Fideikommißbesitzer kann zu freiem Eigentum ersitzen (R.G. 47 S. 245). Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird hierdurch (Ob.Trib. 19 S. 140) die durch Gegenbeweis (§ 292 C.P.O.) widerlegbare Vermutung der Fortdauer des Eigenbesitzes während der Zwischenzeit begründet (§ 938),

3. Ablauf von 10 Jahren (tempus); eine Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher (30 jähriger) Ersitzung wie im gem. Recht findet nicht statt,

4. der gute Glaube (bona fides). Doch hat nicht derjenige, welcher sich auf die Ersitzung beruft, dieses Erfordernis, sondern der sie Bestreitende seinen Mangel darzutun; hierzu genügt der Beweis, daß der Besitzer

entweder bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes weiß, daß ihm die Sache nicht gehört oder dies nur aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß[3]),
oder später, also nach Erlangung des Eigenbesitzes in Erfahrung

---

[1]) Über Nießbraucherſitzung vgl. § 1033.

[2]) Vgl. jedoch §§ 900 (Tabularersitzung), 927.

[3]) Vgl. § 142 Abs. 2.

bringt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht; während der Ersitzung wird somit auch die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht als mala fides erachtet.

Nicht erfordert wird die Angabe des Erwerbsgrundes (titulus).

b) Hemmung (§ 939).

Sowohl der Beginn als auch der Fortlauf der Ersitzung ist im Interesse des verlierenden Eigentümers während der Hemmung der Verjährung des Eigentumsanspruchs (§§ 202 bis 204) oder Hinderung ihrer Vollendung gemäß §§ 206, 207 gehemmt. Dagegen setzt der im Eigenbesitz befindliche Universal- oder Singularsukzessor wie nach gem. Recht die Ersitzung des Vorgängers fort; die während dessen Besitz verstrichene Ersitzungszeit wird zugunsten des Nachfolgers in Anrechnung gebracht, so daß derselbe nur noch den Rest zu vollenden hat; vgl. auch § 221. Auch kommt die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit dem Erben zustatten (§§ 943, 944).

c) Unterbrechung.

1. Unterbrechende Kraft wird beigelegt

α) absolut, also jedermann gegenüber, dem Verlust des Eigenbesitzes; die Unterbrechung der Ersitzung gilt jedoch abweichend von § 856 Abs. 2 im Interesse des Eigenbesitzers als nicht erfolgt, wenn er den Eigenbesitz ohne seinen Willen, z. B. infolge Pfändung durch den Gerichtsvollzieher (§§ 808, 809 C.P.O.) verloren und binnen Jahresfrist seit Verlust oder, wenn auch später, mittelst einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat (§ 940),

β) relativ, also nur zugunsten desjenigen, der die Unterbrechung herbeiführt, der gerichtlichen Geltendmachung des Eigentumsanspruchs (§ 209) gegen den Eigenbesitzer, oder wenn dieser mittelbaren Eigenbesitz hat, gegen den sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitenden tatsächlichen Besitzer, z. B. Nießbraucher, Pfandgläubiger, gemäß § 941.

2. Während bei der Hemmung des Fortlaufs einer begonnenen Ersitzung die bis zum Eintritt der Hemmung verstrichene Zeit in die Ersitzungsfrist eingerechnet wird und mit der Beseitigung der Hemmung der Rest der Frist zu laufen beginnt, kommt im Falle der Unterbrechung der vorherliegende Zeitraum

überhaupt nicht in Betracht, so daß nach ihrer Beendigung lediglich die Möglichkeit des Beginns einer neuen Ersitzung sich ergibt, die früher verstrichene Zeit für dieselbe verloren ist (§ 942). Vgl. auch §§ 205, 217 (Hemmung und Unterbrechung der Verjährung).

d) Wirkung (§ 945).

1. Die vollendete Usukapion bewirkt, soweit der Eigenbesitz während der Ersitzungszeit gereicht hat, den Erwerb des Eigentums an der Sache (quantum possessum tantum praescriptum).

2. Mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen wie bei der Veräußerung nach § 936 die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, z. B. Nießbrauch, Pfandrecht, es sei denn, daß der Eigenbesitzer

entweder bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben ist (§ 932 Abs. 2),

oder ihr Bestehen später erfährt.

Das Erlöschen eines derartigen Rechts setzt aber ferner voraus, daß auch in Ansehung seiner, dieses begrenzten Rechts, die Ersitzungsfrist bei entsprechender Anwendung der §§ 939 bis 944 verstrichen ist; dies würde z. B. nicht zutreffen, wenn der Berechtigte seinerseits, aber nicht der Eigentümer, seinen Anspruch gegen den Eigenbesitzer zwischenzeitlich durch Klage geltend macht. Hieraus ergibt sich bei der Ersitzung wie bei der Veräußerung die Möglichkeit, daß der Erwerber belastetes Eigentum erwirbt.

III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946—952).

Es handelt sich hier um die Vereinigung mehrerer selbständiger Sachen, die unter besonderen dinglichen Rechtsschicksalen standen, zu einem einheitlichen Ganzen. Unter der Voraussetzung der positiven Ausschließung (§ 93) oder der Unmöglichkeit eines Sonderrechts an den einzelnen Bestandteilen, z. B. bei tatsächlicher Unlösbarkeit, wird das Ganze einem einheitlichen Rechte unterworfen, als wenn es von jeher eine einheitliche Sache gebildet hätte. Auf die besonderen Umstände, unter welchen die Vereinigung vor sich ging, insbesondere auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Handelnden wird im Einklang mit dem gem. Recht im allgemeinen keine Rücksicht genommen. Hieraus ergibt sich folgende Regelung:

a) In Ansehung des Eigentums.

1. Verbindung, Vermischung.

α) Das Eigentum an dem Grundstück erstreckt sich auf eine mit ihm durch den Eigentümer oder einen Dritten oder zufallsweise als wesentlicher Bestandteil verbundene bewegliche Sache (§ 946), z. B. die Türen eines Gebäudes (§ 94 Abs. 2).

β) Werden bewegliche Sachen als wesentliche Bestandteile eines einheitlichen Ganzen mit einander verbunden oder mit einander untrennbar — der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde — vermischt oder vermengt (commixtio, confusio), so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieses Ganzen im Verhältnis des Werts der Einzelsachen; ist jedoch eine derselben als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt deren Eigentümer das Alleineigentum (§§ 947, 948).

2. Verarbeitung (Spezifikation).

Wesentlich ist hierbei, daß durch produktive Tätigkeit, durch Verarbeitung, z. B. auch Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren, oder durch Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine nach der Verkehrsauffassung neue bewegliche Sache hergestellt wird, ex materia fit nova species; rechtsgeschäftliches Handeln wird nicht erfordert. Der Spezifikant erwirbt mit der Herstellung das Eigentum, ohne Rücksicht auf seine bona fides, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes (§ 950). Der Angestellte, welcher für den Arbeitgeber nach dessen Weisung spezifiziert, macht diesen zum Eigentümer (vgl. auch § 855).

Übersteigt der Wert des Stoffes den der Arbeit erheblich, so verbleibt das Eigentum dem bisherigen Eigentümer.

3. Urkunden.

Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine sowie an den über sonstige Rechte errichteten Urkunden, z. B. Hypothekenbriefen, Sparkassenbüchern (R.G. R. 03 S. 210), steht dem Gläubiger der Forderung zu; das Recht eines Dritten, z. B. Pfandrecht, an dem verbrieften Anspruch erstreckt sich auf die Urkunde[1])

[1]) Das Eigentum an einem Hypothekenbrief kann von dem Hypothekenrecht nicht losgelöst und selbständig übertragen werden (R.G. R. 03 S. 312).

(§ 952). Vorausgesetzt wird hier, daß das Recht sich nicht ausschließlich in der Urkunde verkörpert.

b) In Ansehung der begrenzten Rechte.

Das Erlöschen des Eigentums infolge Verbindung oder Vermischung (1) und der Erwerb des Eigentums infolge Spezifikation (2) hat das Erlöschen der sonstigen an der Sache bzw. an dem Stoffe bestehenden Rechte, z. B. Nießbrauch, Pfandrecht, zur Folge. Im Übrigen vgl. noch § 949.

c) In Ansehung der Ausgleichung des Rechtsverlustes.

Der durch die Rechtsänderung Benachteiligte kann von demjenigen, zu dessen Gunsten sie eintritt, eine Geldvergütung nach Maßgabe der §§ 812 ff., unbeschadet eines etwaigen Anspruchs auf Schadenersatz aus den §§ 823 ff. und auf Ersatz von Verwendungeu, sowie unbeschadet des ius tollendi gemäß § 951 Abs. 2, fordern; die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden. Vorausgesetzt wird hier immer, daß der Rechtsverlust auf die Verbindung, Vermischung, Verarbeitung ursächlich zurückzuführen ist und nicht infolge einer vertraglichen Verpflichtung eintrat (R.G. J.W. Beil. 03 S. 24, R. 03 S. 181).

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache (§§ 953 bis 957).

Die Lösung aus dem Bestandteilsverhältnisse hat wie der Eintritt in dasselbe in der Regel (vgl. jedoch §§ 93, 946) keinen Einfluß auf den dinglichen Rechtszustand, insbesondere auf das Eigentum; auch die Fruchteigenschaft des getrennten Teiles ändert hieran an sich nichts. Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache gehören somit grundsätzlich auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, dessen Eigentum setzt sich daran fort (§ 953). Indessen erleidet das Prinzip eine Reihe von Ausnahmen.

a) Das die bewegliche oder unbewegliche Sache belastende dingliche Recht mit der Befugnis zur Aneignung von Bestandteilen, z. B. nach § 1090, setzt sich in Ansehung der dem Berechtigten kraft seines Rechts gebührenden Bestandteile, z. B. Torf, Steine, bereits mit deren Trennung in Eigentum um (§ 954), während das gem. Recht die Perzeption zum Eigentumserwerb fordert. Aber der dinglich Berechtigte steht seinerseits, soweit es sich um Erzeugnisse und sonstige zu den Früchten der Sache gehörende Bestandteile, also nicht

z. B. Baumaterialien, handelt, hinter dem Eigenbesitzer der Sache und demjenigen zurück, welcher sie zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt, z. B. nach § 1213. Ein solcher Besitzer erwirbt das Eigentum an den Früchten, frei von jenem Aneignungsrechte mit der Trennung, vgl. noch § 955 Abs. 3. Sein Erwerb ist jedoch ausgeschlossen, wenn ein Doppeltes zusammentrifft:

1. wenn der Besitzer nicht zum Eigenbesitz bzw. dem ihm gleichgestellten Nutzungs-Besitz oder ein Dritter vermöge eines Rechts an der Sache, z. B. als Nießbraucher zum Fruchtbezuge berechtigt ist,

2. wenn der Eigenbesitzer bzw. der ihm gleichgestellte Nutzungs-Besitzer bei dem Erwerbe seines Besitzes nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt (§ 955).

b) Liegt eine obligatorische Befugnis z. B. des Pächters zur Aneignung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen einer Sache vor, so erwirbt der obligatorisch Berechtigte, mag die Gestattung von dem Eigentümer selbst oder von einem anderen ausgehen, dem diese Bestandteile nach der Trennung an sich gehören würden, das Eigentum an ihnen, und zwar unter Ausschluß der zu a erwähnten Berechtigten,

1. wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, bereits mit der Trennung,

2. andrenfalls mit der Besitzergreifung (§ 956).

Das nämliche gilt auch dann, wenn die Aneignungs-Befugnis von einem Nichtberechtigten erteilt wurde, es müßte denn böser Glaube (§ 932 Abs. 2) auf seiten des anderen Teils, des obligatorisch Berechtigten, in dem im § 957 bestimmten Zeitpunkte vorliegen; Erlangung der Kenntnis des Rechtsmangels vor der Trennung genügt auch hier.

V. Aneignung (§§ 958 bis 964; Art. 69, 130 E.G.).

a) Das Eigentum an einer bisher herrenlos gewesenen oder herrenlos gewordenen beweglichen Sache (vgl. dagegen § 928) wird durch Ergreifung des Eigenbesitzes (Okkupation) erworben, es müßte denn die Aneignung gesetzlich, z. B. im öffentlichen Interesse (Bernsteinregal), verboten sein oder durch die Besitzergreifung das private Aneignungsrecht eines anderen verletzt werden (§ 958). Der unbefugte Okkupant, z. B. der Wilddieb, wird Besitzer, aber nicht Eigentümer, auch der Aneignungsbefugte erlangt in solchem Falle das Eigentum nicht.

b) Die Dereliktion, Eintritt der Herrenlosigkeit einer beweglichen Sache, erfordert ein Doppeltes (§ 959):

1. die Aufgabe des Besitzes, die tatsächliche Lossagung von der Sache,

2. den Dereliktionswillen, die Absicht des Verzichts auf das Eigentum.

Sie charakterisiert sich hiernach als eine Rechtshandlung, aber nicht als Rechtsgeschäft.

c) Die Rechtsfolge der Herrenlosigkeit wilder Tiere, insbesondere auch der Bienen, wird in wesentlicher Übereinstimmung mit dem geltenden Rechte bestimmt. Insbesondere wird ein gefangenes wildes Tier, das die Freiheit erlangt, und ein ausziehender Bienenschwarm erst herrenlos, wenn der Eigentümer nicht unverzüglich (§ 121) die Verfolgung bewirkt oder wenn er sie aufgibt, ein gezähmtes Tier, wenn es die Gewohnheit der Rückkehr an den ihm bestimmten Ort (consuetudo revertendi) ablegt (§§ 960, 961).

VI. Fund (§§ 965 bis 984).

Das Finden und die wissentliche Besitznahme einer verlorenen Sache untersteht nicht den Vorschriften über die neg. gestio, sondern hat besondere Regelung erfahren.

a) Verbindlichkeiten und Ansprüche.

1. Der Finder, der nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 968) ist verpflichtet:

α) dem Verlierer oder Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten, bei Unkenntnis derselben oder ihres Aufenthalts aber der Polizeibehörde unverzüglich Anzeige zu machen; der Anzeige an die Polizeibehörde bedarf es bei Sachen im Werte unter 3 Mark nicht (§ 965),

β) die Sache zu verwahren und sie bei Besorgnis des Verderbs oder unverhältnismäßigen Kosten der Aufbewahrung nach vorgängiger Anzeige an die Polizeibehörde öffentlich versteigern zu lassen (§ 966),

γ) die Sache oder den Versteigerungserlös, der in jeder Hinsicht an ihre Stelle tritt, auf Anordnung der Polizeibehörde an dieselbe abzuliefern; diese Ablieferung bildet aber auch ein Recht des Finders (§ 967), dessen Rechte auf das unbelastete Eigentum der Sache (unten b) hierdurch nicht berührt werden (§ 975).

2. Die Gegenansprüche des Finders, der durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer auch den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber befreit wird (§ 969), sind nicht schlechthin, z. B. auch bei Untergang der Sache, zu erfüllen, vielmehr nur nach Maßgabe der §§ 1000 bis 1002 geltend zu machen, also wenn der Empfangsberechtigte die Fundsache wiedererlangt oder die Tätigkeit des Finders genehmigt (§ 972). Sie bestehen

α) in dem Ersatz von Aufwendungen, die der Finder den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 970), vgl. § 670,

β) in einem Finderlohn, welcher von dem Werte der Sache bis zu 300 Mark fünf, von dem Mehrwert und bei Tieren eins vom Hundert beträgt, eventuell nach billigem Ermessen zu bestimmen ist; der Anspruch ist bei Verletzung der Anzeigepflicht oder Verheimlichung des Fundes trotz Nachfrage ausgeschlossen (§ 971).

b) Eigentumserwerb des Finders.

1. Behufs Beendigung der tatsächlichen Herrenlosigkeit der gefundenen Sache erwirbt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde der Finder, also derjenige, der die Fundsache entdeckte und in Besitz nahm, das Eigentum an der Sache — womit auch die an ihr bestehenden begrenzten Rechte, z. B. Nießbrauch, Pfandrechte, erlöschen —, also das unbelastete Eigentum. Dieser Erwerb des Finders tritt nicht ein, wenn vorher ein Empfangsberechtigter — den Ausnahmefall hat der das Eigentum des Finders bestreitende Teil zu beweisen —

entweder dem Finder bekannt geworden ist,

oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat (§ 973).

Der Eigentumserwerb des Finders und das Erlöschen der begrenzten Rechte vollzieht sich aber trotzdem, wenn nicht die Empfangsberechtigten sich rechtzeitig auf die Aufforderung des Finders (§ 1003) zur Befriedigung seiner Gegenansprüche bereit erklären, mit dem Ablauf der für diese Erklärung bestimmten Frist.

Ist die Sache nicht mehr als drei Mark wert, so beginnt die einjährige Präklusivfrist bereits mit dem Funde; doch wird der Finder nicht Eigentümer, wenn er den Fund auf Nachfrage verheimlicht, während die Anmeldung eines Rechts bei der Polizeibehörde hier dem Eigentumserwerbe nicht entgegensteht (§§ 973, 974).

2. Der Finder kann der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Eigentumserwerb verzichten; sein Recht geht alsdann auf die Gemeinde des Fundorts über. Dieser Rechtsübergang findet auch statt, wenn der Finder nach Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde das Eigentum daran bereits erworben hat, er müßte denn vor dem Ablauf einer ihm von der Behörde bestimmten Frist die Herausgabe verlangen (§ 976).

c) Ausgleichung des Rechtsverlustes.

Der durch die Rechtsänderung Benachteiligte kann innerhalb dreijähriger Präklusivfrist von dem Finder bzw. der Gemeinde die Herausgabe des durch die Rechtsänderung Erlangten nach Maßgabe der §§ 812 ff. beanspruchen (§ 977).

d) Besonderheiten.

1. Der Fund in den Geschäftsräumen usw. einer öffentlichen Behörde usw. gewährt dem Finder keine Rechte, sondern legt ihm nur die Pflicht der unverzüglichen Ablieferung an die Behörde, Verkehrsanstalt oder einen Angestellten auf. Der Behörde oder Anstalt steht die Befugnis zur öffentlichen Versteigerung nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung und fruchtlosem Ablauf der zur Anmeldung bestimmten Frist zu. Der Preis, der an die Stelle der Sache tritt, fällt nach dreijähriger Präklusivfrist an den Fiskus bzw. die Gemeinde bzw. die Anstalt (§§ 978 bis 983).

2. Das Eigentum an einem Schatz, an einer, wenn auch wertlosen, Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, fällt, mag der Entdecker selbst oder ein Dritter ihn infolge der Entdeckung in Besitz nehmen, zur Hälfte dem Entdecker und zur Hälfte dem Eigentümer der unbeweglichen oder beweglichen Sache zu, in welcher er verborgen war (§ 984); das Recht des Nießbrauchers einer solchen Sache erstreckt sich nicht auf den Anteil des Eigentümers (§ 1040).

§ 73.

Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985 bis 1007, 1011).

I. Dingliche und persönliche Klagen des Eigentümers.

Zwei Kategorien von Ansprüchen des Eigentümers sind, unbeschadet der Eigentumsfeststellungsklage (§ 256 C.P.O.), deren Zulässigkeit keinem Bedenken unterliegt (R.G. J.W. 02 S. 68), zu sondern, nämlich

a) die auf Herstellung des dem Eigentum entsprechenden Zustandes gerichteten Ansprüche, mag eine totale (rei vindicatio) oder partielle (negatoria) Verletzung des Eigentums vorliegen, wozu noch der im § 867 bestimmte Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung gegen den Grundstücksbesitzer tritt, die dinglichen Ansprüche im engeren Sinne (§§ 985, 986, 1004, 1005, 1017, 1027, 1065),

b) die im Eigentum sich gründenden, aber auf einem besonderen Legalschuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer beruhenden Ansprüche auf Nutzungen, Schadenersatz (§ 987 ff.), wobei zu berücksichtigen ist, daß auch der unredliche Besitz an sich nicht schon als ein Delikt gemäß §§ 823 ff. aufgefaßt wird. Der Gläubiger, der den Wechsel dem Schuldner versehentlich ausgehändigt hat, kann demgemäß auf Zahlung der Wechselschuld klagen (R.G. J.W. Beil. 02 S. 263).

a) Die dinglichen Ansprüche [1])

1. Rei vindicatio, Eigentumsklage.

α) Kläger muß gegenwärtiger, d. h. zur Zeit der Klageerhebung, Eigentümer (R.G. J.W. Beil. 03 S. 89) der vindizierten beweglichen oder unbeweglichen Sache sein, also den Erwerb seines Eigentums dartun, vgl. jedoch §§ 891 Abs. 1, der an die Eintragung im Grundbuch auch die Vermutung des Eigentums knüpft; für die Publiciana kommen die §§ 1006, 1007 in Betracht.

β) Passiv legitimiert ist nur der unmittelbare oder mittelbare (§ 991 Abs. 1) Besitzer der Sache oder eines Teils (R.G. 52 S. 273, R. 03 S. 430) zur Zeit der Klagezustellung. Die Klage kann auch gegen beide zugleich gerichtet werden, die Belangung beider wird behufs Realisierung des Anspruchs nicht selten sogar erforderlich sein; eine ficta possessio desjenigen, qui liti se obtulit oder qui dolo desiit possidere reicht nicht aus, findet überhaupt keine Anerkennung; vgl. jedoch §§ 989, 990. Inhalts der §§ 76, 77 C.P.O. besteht das Recht, nicht aber die Pflicht, den Rechtsurheber zu benennen (laudatio auctoris).

γ) Inhalt des Anspruchs ist nicht ein Unterlassen des Besitzers, sondern die Herausgabepflicht nach Maßgabe der §§ 985, 986.

δ) Der Beklagte kann das Zurückbehaltungsrecht aus den §§ 1000 ff. geltend machen. Er ist ferner befugt, sein eigenes oder des von ihm (im uneigentlichen Sinne) vertretenen mittelbaren

[1]) Vgl. §§ 24, 265, 266, 325, 727 ff. C.P.O.

Besitzers dingliches oder persönliches, dem Eigentümer gegenüber begründetes Recht zum Besitze, z. B. aus der Miete, vorzuschützen; die exc. rei venditae et traditae ist hiernach auch gegen die Eigentumsklage des eingetragenen Grundstückseigentümers zulässig. Er ist endlich auch berechtigt, dem neuen Eigentümer einer nach § 931 durch Abtretung des Aushändigungsanspruchs veräußerten Sache die ihm, dem Besitzer, gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen entgegenzusetzen (§ 986).

2. Negatoria, Eigentumsfreiheitsklage.

α) Kläger ist auch hier der gegenwärtige Eigentümer einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, vgl. noch §§ 891, 1006. Die Klage ist auch dem Grunddienstbarkeit- und Nießbrauchberechtigten sowie dem Pfandgläubiger (§§ 1027, 1065, 1227) gegeben, sie wird utiliter ferner denjenigen Personen zustehen, die nach Landesrecht ein dingliches Nutzungsrecht an einem Gegenstande haben (R.G. 46 S. 255).

β) Beklagter ist aber nicht der Besitzer, der dem Kläger den Besitz entzieht oder vorenthält, sondern der Störer, unter Umständen auch der Eigentümer des Grundstücks, von dem die Störung ausgeht (R.G. 45 S. 298, 47 S. 163 ff., D.J.Z. 01 S. 237, R.G. u. K.G. R. 01 S. 435, J.W. Beil. 02 S. 188, Gr. 02 S. 650 ff.), derjenige, der das Eigentum in anderer Weise, z. B. durch eine exzessive Immission (§ 906) oder durch unstatthafte Vertiefung des Nachbargrundstücks (§ 909), ohne Rücksicht auf ein Verschulden beeinträchtigt, auch wenn er ein Recht an der Sache nicht prätendiert und selbst erklärt, zur Störung nicht berechtigt zu sein [1]). Der Grundstückseigentümer kann auch gegen denjenigen, der als Hypothekengläubiger eingetragen ist, ohne es zu sein, auf Anerkennung klagen, daß er, der Eingetragene, nicht Gläubiger der auf ihn umgeschriebenen Hypothek sei (R.G. J.W. Beil. 02 S. 240, R. 02 S. 395).

γ) Der Anspruch [2]) richtet sich

αα) auf Beseitigung [3]) der Beeinträchtigung (R.G. 51 S. 408), also auf Wiederaufhebung der wenigstens in ihrer Wirkung noch fortdauernden Eigentumsverletzung, ohne daß Kläger bei Immissionsprozessen darzulegen hat, welche Einrichtungen zur Beseitigung der schäd-

[1]) Wegen Benennung des Rechtsurhebers vgl. § 77 C.P.O.

[2]) Vgl. §§ 12, 862, 1027.

[3]) Die Vollstreckung des Urteils bestimmt sich nach §§ 887, 888 C.P.O.

lichen Einwirkungen zu treffen sind (R.G. 37 S. 172 ff., 40 S. 183 ff., D.J.Z. 00 S. 441, J.W. Beil. 02 S. 203, Gr. Beil. 02 S. 1001), in den Fällen der §§ 894 ff. auf Grundbuchberichtigung,

ββ) bei Besorgnis weiterer künftiger Beeinträchtigungen auf Unterlassung[1]), also auf Beseitigung dieses Zustandes der Gefährdung,

δ) nicht auf Schadenersatz, der nur nach Maßgabe der §§ 823 ff. gefordert werden kann (R.G. 37 S. 202, 45 S. 299); vgl. jedoch R.G. 17 S. 103 ff., 30 S. 116, 47 S. 104. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist (exc. confessoria). Bei an sich begründeter Klagestellung wegen belästigender Zuführungen ist nach Herstellung abhelfender Einrichtungen während des Rechtsstreits eine Verurteilung nur dann ausgeschlossen, wenn eine Beseitigung oder Nichtbenutzung dieser Einrichtungen als unmöglich erscheint und überhaupt nicht mehr in Frage kommen kann (R.G. J.W. 02 S. 70, Gr. Beil. 02 S. 1098, D.J.Z. 02 S. 68).

b) Die obligatorischen Ansprüche (vgl. noch § 26 C.P.O.).

1. Der Prozeßbesitzer und unredliche Besitzer hat dem Eigentümer nicht bloß die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit bzw. Schlechtgläubigkeit[2]) gezogenen Nutzungen (§ 1010) herauszugeben, sondern auch, soweit dem Besitzer ein Verschulden zur Last fällt, Ersatz für die fructus percipiendi, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehbaren Nutzungen, zu gewähren; eine weitergehende Haftung wegen Verzugs bleibt unberührt (§ 987).

Von demselben kritischen Zeitpunkt ab ist er dem Eigentümer auch für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§§ 989, 990).

2. Der deliktmäßige Besitzer (§ 992), der sich durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung, z. B. Betrug im Sinne des § 263 R.St.G.B., den Besitz verschafft hat, haftet dem Eigentümer nach Maßgabe der §§ 823 ff. Vgl. noch § 2025 (Erbschaftsbesitz).

---

[1]) Vgl. auch §§ 1053, 1134; § 890 C.P.O. regelt die Vollstreckung.

[2]) Sie wird auch durch eine nach dem Besitzerwerb erlangte Kenntnis der Nichtberechtigung zum Besitze begründet.

3. Jeder andere, also redliche Besitzer hat die gezogenen Früchte (nicht die fructus percipiendi), soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen, sondern darüber hinaus, also im Übermaß, gezogen sind, wenn er aber die Sache als Eigenbesitzer oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts und den Besitz unentgeltlich erlangt hat, sämtliche gezogenen Nutzungen, dem Eigentümer in Gemäßheit der §§ 812ff. herauszugeben. Im übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadenersatze verpflichtet (§ 993). Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, finden auf ihn die Vorschriften des § 101 Anwendung.

4. Stehen dem Eigentümer ein mittelbarer und ein unmittelbarer Besitzer gegenüber, wobei letzterer vom ersteren sein Recht zum Besitze ableitet, so kommt § 991 zur Anwendung.

II. Gegenansprüche des Besitzers.

a) Der herausgabepflichtige Besitzer kann

1. für die von ihm selbst oder einem Vorbesitzer, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist (§ 999 Abs. 1), auf die Sache gemachten Verwendungen, im Interesse derselben aufgewendeten vermögenswerten Leistungen, Ersatz verlangen und zwar

α) für die notwendigen — wohin auch die zur Bestreitung von Lasten gemachten Aufwendungen gehören —, selbst wenn sie erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder dem Beginne der Haftung aus der malae fidei possessio (§ 990) erfolgt sind; doch bestimmt sich in diesen beiden letzten Fällen die Ersatzpflicht lediglich nach den §§ 683ff. (auftraglose Geschäftsführung). Die gewöhnlichen Erhaltungskosten aber, z. B. die laufenden Reparaturkosten eines Gebäudes, sind dem Besitzer für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, z. B. nach § 993, nicht zu ersetzen; dagegen ist ihm Ersatz der auf die noch abzuerntenden Früchte eines landwirtschaftlichen Grundstücks angemessen verwendeten Kosten bis zur Höhe des Werts der Früchte zu leisten (§§ 994ff.),

β) für andere als notwendige Verwendungen nur insoweit, als sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und dem Beginne der in § 990 cit. bestimmten Haftung gemacht werden und außerdem der

Wert der Sache durch sie noch zur Zeit der Wiedererlangung des Eigentümers erhöht ist (Bereicherung).

Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatze erstreckt sich auch auf die vor seinem Eigentumserwerb gemachten Verwendungen (§ 999 Abs. 2); vgl. jedoch § 93 Abs. 2 Zw.G.,

2. eine mit der Sache als wesentlicher Bestandteil verbundene andere Sache abtrennen und sich aneignen; der § 258 über das ius tollendi findet Anwendung (§ 997).

b) Der Besitzer kann den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn (vgl. auch § 972, Fund) der Eigentümer

entweder die Sache infolge der Restitution des Besitzers oder sonstwie, auch zufällig, wiedererlangt

oder die Verwendungen genehmigt; die Genehmigung gilt mit der Annahme der von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotenen Sache als erteilt (§ 1001).

Der Eigentümer kann sich durch Rückgabe der wiedererlangten Sache außer im Falle der Genehmigung von dem Anspruch auf Ersatz der Verwendungen befreien.

Zum Schutze seines Anspruchs steht dem Besitzer (§ 1000), wie inhalts des § 273 dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger, bis zu seiner Befriedigung wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen das Zurückbehaltungsrecht zu[1]), er müßte denn die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt haben (vgl. auch § 972 cit.). Er kann aber auch den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages zur Genehmigung der Verwendungen innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist auffordern und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist seine Befriedigung aus der Sache durch den Verkauf gemäß §§ 1234 ff. bzw. Immobiliarzwangsvollstreckung suchen (§ 1003 Abs. 1, vgl. auch Abs. 2).

Gibt jedoch der Besitzer die Sache dem Eigentümer heraus, so erlischt sein Ersatzanspruch (vgl. auch § 972 cit.) bereits mit dem Ablauf von 6 Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher

entweder die gerichtliche Geltendmachung erfolgt,

oder der Eigentümer die Verwendung genehmigt (§ 1002)[2]).

---

[1]) Dem Grundstücksmieter ist es versagt (§ 556 Abs. 2).

[2]) Vgl. § 2022 (Erbschaftsbesitz).

III. Publizianische Rechtsstellung.

Die Schwierigkeit der Eigentumsverfolgung in den Fällen des abgeleiteten Eigentumserwerbs ist auch für bewegliche Sachen durch die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben (§§ 932 ff., vgl. auch § 898 C.P.O.) erheblich eingeschränkt, aber nicht vollständig beseitigt, vgl. z. B. § 935 Abs. 1. Die Erleichterung des Schutzes wird in zweifacher Weise gewährt:

a) Eine Eigentumspräsumtion zugunsten, nicht zum Nachteil, des jedesmaligen Besitzers einer beweglichen Sache, im Falle des mittelbaren Besitzes zugunsten des mittelbaren Besitzers ist aufgestellt (§ 1006).

1. Der gegenwärtige Besitzer kann sich aber auf die Vermutung seines gegenwärtigen Eigentums einem früheren Besitzer gegenüber, welchem der Besitz wider Willen entzogen, also auf eine den Eigentumserwerb nach § 935 (R.G. 54 S. 70 ff.) ausschließende Weise abhanden gekommen ist, nicht berufen, es müßte sich denn um Geld oder Inhaberpapiere handeln; jedem Dritten gegenüber wird er als Eigentümer vermutet.

2. Zugunsten eines früheren Besitzers besteht die Vermutung, daß er während der Dauer seiner Besitzzeit Eigentümer der Sache gewesen sei, schlechthin, vgl. jedoch unter b.

b) Ein dinglicher Herausgabeanspruch aus dem besseren Recht zum Besitze einer beweglichen Sache ist anerkannt.

1. Dieser Anspruch steht dem früheren Besitzer der beweglichen Sache, nicht bloß dem Eigenbesitzer, auch dem Fremdbesitzer, Mieter, Finder usw. gegen den gegenwärtigen Besitzer (R.G. 54 S. 73) zu, wenn entweder dieser bei seinem Besitzerwerb nicht in gutem Glauben war, oder die Sache ersterem wider Willen abhanden gekommen ist. Handelt es sich um Geld und Inhaberpapiere, so ist der Herausgabeanspruch nur gegen den bösgläubigen Erwerber gegeben. Hiervon abgesehen hat Kläger mithin außer seinem früheren und dem gegenwärtigen unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Beklagten entweder dessen Schlechtgläubigkeit bei Besitzerlangung oder seinen eigenen den Eigentumserwerb nach § 935 ausschließenden Besitzverlust darzutun.

2. Gegenüber der auf die zweite Alternative gestützten Klage kann der Beklagte mit Erfolg geltend machen,

entweder daß er Eigentümer der Sache ist,

oder daß ihm dieselbe bereits vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen war.

3. Der Anspruch aus der publizianischen Rechtsposition ist überhaupt, also auch dem bei dem Besitzerwerbe bösgläubigen Besitzer gegenüber, ausgeschlossen — die Beweislast für den Ausnahmefall trifft den belangten Besitzer — wenn der frühere Besitzer

entweder seinerseits bei dem Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben war,

oder den Besitz aufgegeben, also nicht wider Willen verloren hat.

4. Auf die Publiciana finden im übrigen die für die rei vindicatio sowie die obligatorischen Eigentumsansprüche und die Gegenansprüche des Besitzers geltenden Vorschriften der §§ 986 bis 1003 entsprechende Anwendung, so daß sie insbesondere auch auf Schadenersatz und auf Herausgabe der Nutzungen (I b) gerichtet werden kann (§ 1007).

§ 74.

Miteigentum (§§ 1008 bis 1011).

I. Begriff.

Unter dem Miteigentum wird das gemeinschaftliche Quoteneigentum (§§ 741 ff.) an einer Sache (§§ 90 ff.) verstanden (condominium pro partibus indivisis)[1].

II. Inhalt.

a) Ein gesetzliches Vorkaufsrecht ist nicht vorgesehen, mag die Gemeinschaft eine bewegliche Sache oder ein Grundstück treffen.

b) Nur einzelne Punkte haben eine besondere, von den §§ 741 ff. (Gemeinschaft) zum Teil abweichende Regelung erfahren. Vgl. noch Art. 131 E. G.

1. Die Belastung der gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers, der hier einerseits als einzelner, andererseits als Genosse der Gemeinschaft rechtsgeschäftlich handelt, ist zulässig. Ebensowenig wird die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen (berechtigten) Grundstücks, z. B. nach §§ 1018, 1094 Abs. 2, oder die Belastung eines solchen (verpflichteten) zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemein-

[1]) Beim Miteigentum an einem Grundstück nach Bruchteilen ist die Auflassung des Anteils ebenso wie die Belastung und Zwangsversteigerung (§ 864 Abs. 2 C. P. O.) nur möglich, wenn die Größe aus dem Grundbuch hervorgeht (R. G. Joh. 21 S. 111).

schaftlichen Grundstücks dadurch ausgeschlossen (§ 1009), daß das andere (berechtigte oder verpflichtete) Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört[1]) (St.A. 39 S. 283, 89 S. 82).

2. Die dingliche Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses durch Rechtsgeschäft ist sowohl in Ansehung des Benutzungsrechts und der Unterhaltungspflicht als auch des Teilungsausschlusses als eine eigenartige, der Eintragung ins Grundbuch bedürfende dingliche Belastung zugelassen, welche anstatt des Grundstücks den Anteil eines Miteigentümers zum Gegenstande hat und dem Genossen subjektiv dingliche Befugnisse verschafft.

Auch die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur bei Eintragung im Grundbuch geltend gemacht werden (§ 1010). Zur Sicherung seines Ausgleichungsanspruchs (§ 756) bei der Aufhebung der Gemeinschaft kann der Berechtigte die Eintragung einer hypothekarischen Vormerkung verlangen.

3. Das Miteigentum ist Eigentum, wird also wie dieses geschützt. Jeder einzelne Miteigentümer ist Dritten gegenüber zu dinglichen Klagen bezüglich der ganzen Sache aktiv berechtigt, er kann negatorisch und konfessorisch selbständig klagen, die Herausgabe der Sache allerdings als eine unteilbare Leistung nur in Gemäßheit des § 432 (§ 1011), also an alle Miteigentümer fordern (Ob.Trib. 24 S. 86). Er wird nur Einräumung des Mitbesitzes beanspruchen können, aber auch dürfen, wenn der Beklagte seinerseits einem der anderen Genossen gegenüber zum Besitze berechtigt ist, z. B. als Pfandgläubiger (§ 1258).

4. Besteht ein Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben (§ 1066).

c) Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich im Grundbuch eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen (R.G. 54 S. 86), daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis, z. B.

---

[1]) Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist die Belastung eines zum Gesamtgut gehörigen Grundstücks zugunsten eines einzelnen Gemeinschafters ebenfalls zulässig (R.G. R. 03 S. 312).

Gesellschaft, Erbengemeinschaft, bezeichnet wird (§ 48 R.Gr.O.). Dies gilt auch für das Ersuchen einer Behörde, z. B. des Versteigerungsgerichts (K.G. R. 02 S. 614).

Zweites Kapitel: Die begrenzten dinglichen Rechte[1].

§ 75.

Das Erbbaurecht (§§ 1012 bis 1017).

I. Begriff.

Das Erbbaurecht (Superfizies) ist das seinem Wesen nach veräußerliche und vererbliche, das Grundstück unmittelbar belastende Gebrauchsrecht, welches die Befugnis gewährt, auf oder unter der Oberfläche dieses belasteten Grundstücks, ein Bauwerk, nicht eine Pflanzung, aber z. B. ein Gebäude, Viadukte, Brücken, zu haben, dieses Grundstück als Baugrund zu benutzen; ob das Bauwerk zur Zeit der Begründung der Superfizies schon besteht oder erst errichtet werden soll, ist unerheblich (§ 1012). Auch erlischt die Superfizies nicht durch den Untergang des Bauwerks, vielmehr ist der Berechtigte zur Wiedererrichtung befugt, sein Recht ergreift auch das bei Verfall des Bauwerks mobilisierte Material (§ 1016). Der Inhalt des Rechts kann dadurch eine Erweiterung erfahren, daß es auf die Benutzung einer für das Bauwerk nicht erforderlichen Parzelle erstreckt wird, wenn deren Benutzung für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bietet, z. B. einen Hof oder Garten (§ 1013).

Dagegen ist die Beschränkung der Superfizies auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, unzulässig; die Eintragung eines so beschränkten Rechts darf nicht stattfinden; erfolgt sie dennoch, so ist sie nichtig (§ 1014).

II. Begründung.

Die rechtsgeschäftliche Bestellung der Superfizies (vgl. auch Art. 68 E.G.), welche entgeltlich oder unentgeltlich geschehen kann, erfolgt gemäß §§ 873ff., setzt mithin voraus

---

[1]) Nach Art. 11 A.G. z. Gr.O. sind alle öffentlichen Lasten, insbesondere die Gemeindelasten, von der Eintragung ausgeschlossen, z. B. die ortsstatutarischen, den Straßenanliegern der Gemeinde gegenüber auferlegten Verpflichtungen, zu den Kosten der Herstellung der Straße beizutragen. Durch die in einem besonderen Vertrage erklärte Übernahme verlieren sie ihren öffentlichen Charakter nicht.

a) die abstrakte Einigung, dieselbe erfordert jedoch hier wie in § 925 (R.G. 54 S. 378) die Erklärung vor dem Grundbuchamt bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile (§ 1015), vgl. noch §§ 20, 22, 84 Gr.O.)[1],

b) die Eintragung in das Grundbuch des belasteten Grundstücks. Für das eingetragene Recht ist auf Antrag ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen; die Anlegung, welche auf dem Blatte des belasteten Grundstücks vermerkt wird, erfolgt von Amts wegen, wenn die Superfizies veräußert (§§ 1017, 925) oder z. B. hypothekarisch belastet werden soll (§ 7 Gr.O.).

III. Rechtsverhältnis[2].

Obwohl die Superfizies sich als begrenztes Recht an einem Grundstück darstellt, wird ihr Grundstücksqualität beigelegt (vgl. noch Art. 63, 68, 184, 196 E.G.), so daß die auf Grundstücke bezüglichen Vorschriften für sie gelten[3]. Deshalb kann das Erbbaurecht, z. B. mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet, zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten auch eine Grunddienstbarkeit bestellt werden. Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken geltenden Vorschriften, z. B. §§ 900, 925 ff., 985 ff., finden auf die Superfizies entsprechende Anwendung (§ 1017). Unanwendbar sind danach insbesondere die Vorschriften über den Inhalt des Grundeigentums. Auch fällt die Bestellung eines Erbbaurechts nicht unter den Begriff der Veräußerung (K.G. Joh. 21 S. 127).

§ 76.

Die Dienstbarkeiten (§§ 1018 bis 1093).

Von der Aufstellung einer Definition und allgemeiner, gleichmäßig für alle Dienstbarkeiten und nur für diese geltenden Normen ist Abstand genommen worden. Von dem Erbbaurecht (§ 75) unterscheiden sie sich aber dadurch, daß letzteres nur auf eine bestimmte und qualifizierte Art der Benutzung des belasteten Grundstücks sich richten kann, und daß die Merkmale der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit zu seinem Wesen gehören. Eingeteilt werden sie in

[1]) Vgl. Art. 142 und 143 E.G., dazu Art. 26 A.G. für die im bisherigen Geltungsgebiete des Rhein. Rechts belegenen Grundstücke.

[2]) Vgl. noch Art. 37, 38 (Bergrecht), 40 (selbständige Gerechtigkeiten) A.G.; Art. 27 (selbständige Gerechtigkeiten), Art. 28 (Bergwerkseigentum usw.) A.G. z. Gr.O.

[3]) Vgl. § 870 C.P.O.

Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

I. Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 bis 1029).

a) Begriff.

1. Die Grunddienstbarkeit ist ein subjektiv und objektiv dingliches Recht; sie ist nicht übertragbar, sie kann nicht von dem herrschenden Grundstück getrennt und mit einem anderen verbunden werden. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks[1]), des Berechtigten, (praedium dominans), wird das Eigentum eines anderen Grundstücks (praedium serviens) oder eines Teils desselben (vgl. auch § 6 Gr.O.) eingeschränkt; die Einschränkung geschieht in der Weise, daß

entweder der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen, z. B. zum Gehen, Fahren, Reiten benutzen darf und der jeweilige Eigentümer desselben solche Benutzung dulden muß (servitus quae in patiendo consistit); — für den Nießbrauch ist es charakteristisch, daß die Befugnis zur Ziehung der Nutzungen eine ausschließliche ist (§ 1030), —

oder die Vornahme gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück, die eine Benutzung desselben enthalten (R.G. Joh. 24 S. 243), z. B. die Errichtung eines Gebäudes, eines Restaurationslokals, eines Verkaufsladens (R.G. R. 02 S. 613), unterbleiben muß, so daß der Berechtigte sie untersagen kann (servitus quae in non faciendo consistit),

oder endlich die Ausübung eines aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem praedium dominans gegenüber sich ergebenden Rechts, z. B. auf einen Notweg (§ 917), auf Beseitigung eines Grenzbaums (R.G. R. 02 S. 293) ausgeschlossen ist (§ 1018). Die Belastung in der Weise, daß der Grundstückseigentümer auf seinem Grundstück in seinem Gewerbebetrieb nur Bier einer bestimmten Brauerei ausschänken darf, ist dagegen unzulässig (R.G. Joh. 24 S. 243, R. 02 S. 554).

In einer Leistung[2]) aber kann der Inhalt einer Grunddienstbarkeit, auch einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090) nicht bestehen (in faciendo servitus consistere nequit), ohne daß jedoch ihr

---

[1]) Auch eines Erbbauberechtigten (§ 1017).

[2]) Nicht eintragungsfähig ist deshalb z. B. die Entschädigungspflicht für den Fall der Entziehung von Straßenland (R.G. Joh. 25 S. 147).

Wesen dadurch berührt wird, daß eine Unterhaltungspflicht (§§ 1021, 1022; Art. 116 E.G.) mit ihr verknüpft ist (R.G. 11 S. 316). Die Reallast umgekehrt ist gerade auf die Entrichtung wiederkehrender Leistungen aus dem Grundstück gerichtet (§ 1115). — Vgl. noch Art. 115 E.G.; dazu z. B. § 164 Pr. Gem. Th. O. v. 7. 6. 21, § 1 Deklar. v. 31. 3. 41, Art. 12 Pr.G. v. 2. 3. 50 (St.A. 92 S. 149).

2. Die Belastung muß dem herrschenden Grundstück objektiv zum Vorteil (R.G. 8 S. 207 ff., K.G. Joh. 23 S. 226) gereichen (servitus quia nihil interest, non valet); wird ihr Inhalt über das hiernach zulässige Maß hinaus erstreckt, so hat sie lediglich bis zur gesetzlichen Grenze rechtlichen Bestand (§ 1019). Die Rücksicht auf vorübergehende subjektive Bedürfnisse eines einzelnen Eigentümers genügt nicht; ist aber das Grundstück zum Gewerbebetrieb dauernd eingerichtet, z. B. als Mühle, Gasthaus, Fabrik, Krankenhaus, so kann auch eine solchem Betriebe nützliche Grundgerechtigkeit bestellt werden (R.G. 30 S. 207); sie läßt sich aber nicht basieren auf die entfernte Möglichkeit eines künftigen Bedürfnisses. Hieraus folgt, daß

α) die beiden Grundstücke eine örtliche Lage zu einander haben müssen, bei welcher die Servitut auf dem einen dem anderen tatsächlich Nutzen gewährt (St.A. 22 S. 215, 30 S. 153); nur insoweit wird an dem Erfordernis der Vizinität festgehalten,

β) die Grundgerechtigkeit nicht veräußert und nicht übertragen, von dem herrschenden Grundstück nicht getrennt werden kann (St.A. 52 S. 208); sie gilt als Bestandteil desselben (§ 96).

3. Die Teilung (Parzellierung) des herrschenden Grundstücks bleibt ohne Einfluß auf die Grunddienstbarkeit, welche in der Regel für die einzelnen Teile unverändert fortbesteht; aber auch die Teilung des belasteten Grundstücks hat für die Servitut keine Bedeutung, sofern deren Ausübung sich auf das ganze Grundstück erstreckt (§§ 1025, 1026); sie belastet alsdann sämtliche Teile; servitutes dividi non possunt (Ob.Trib. 79 S. 273).

b) Begründung [1]) und Untergang.

1. Die rechtsgeschäftliche Bestellung der Grunddienstbarkeit erfolgt in Gemäßheit der §§ 873 ff. durch Einigung der Beteiligten und Eintragung auf dem Blatte des belasteten (vgl. aber auch § 8 Gr.O.) Grundstücks (§ 50 das.). Hieraus folgt, daß die Eintragung

---

[1]) Vgl. noch Art. 113, 128, 187, 189 E.G.

einer Grunddienstbarkeit, mit der ein Grundstück zugunsten eines anderen Grundstücks desselben Eigentümers belastet werden soll, entgegen Joh. 16 S. 104 ff. unzulässig ist. Eine Grundgerechtigkeit kann nur an einem fremden Grundstücke begründet werden (R.G. 47 S. 202 ff.).

2. Die Ersitzung einer Servitut ist ausgeschlossen, vgl. jedoch § 900 Abs. 2 (Tabularersitzung).

3. Bei der Subhastation bleibt die Servitut insoweit bestehen, als sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt ist (§ 52 Zw.G.), aber auch bei Nichtberücksichtigung nach Maßgabe des § 9 E.G. z. Zw.G.[1]). Erlischt sie durch den Zuschlag, so tritt an ihre Stelle der Anspruch auf Werterſatz (Surrogationsprinzip) aus dem Versteigerungserlöse (§ 92 Zw.G.; § 882).

4. Die Aufhebung der eingetragenen Grundgerechtigkeit erfolgt grundsätzlich nur durch Aufgabeerklärung und Löschung (§§ 875 ff.).

α) Es ist möglich, daß die Servitut dem alleinigen Interesse nur einer beschränkten Parzelle des herrschenden Grundstücks dient, ausschließlich dieser zum Vorteil gereicht. Ebenso ist es denkbar, daß sie ihrem konkreten Inhalte nach nur eine Parzelle des belasteten Grundstücks trifft, dessen übrige Teile gar nicht berührt, so daß dieser Rest außerhalb des Bereichs ihrer Ausübung liegt. Bei einer derartigen räumlichen Beschränkung der Dienstbarkeit nach der aktiven oder passiven Seite bewirkt im ersteren Falle die Parzellierung des herrschenden Grundstücks das Erlöschen der Servitut für diejenigen Teile, für die sie gar keine wirtschaftliche Bedeutung mehr besitzt, im letzteren die des dienenden Grundstücks die Befreiung der von der Ausübung nicht betroffenen Parzellen von selbst (K.G. Joh. 24 S. 120); die Löschung ist alsdann nur Grundbuchberichtigung (§§ 1025, 1026). Vgl. wegen Grundbuchberichtigung §§ 894 ff.; § 22 Gr.O.

β) Mit der Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung einer die Servitut beeinträchtigenden Anlage erlischt, abweichend von § 222, die Servitut selbst[2]), soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht. Diesem Erlöschen gegenüber kommt der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei rechtsgeschäftlichem Erwerbe trotz § 892 ausnahmsweise nicht in Betracht (§ 1028); der Erwerber

---

[1]) Vgl. noch Art. 6 Abs. 2 A.G. z. Zw.G.

[2]) Vgl. § 901.

kann sich also nicht darauf berufen, daß die erloschene Servitut im Grundbuch noch eingetragen ist.

c) Ausübung.

1. Der Berechtigte ist zu einer schonenden Ausübung seines Rechts (civiliter uti) und zur ordnungsmäßigen Erhaltung einer der Ausübung dienenden, von ihm auf dem belasteten Grundstück gehaltenen Anlage im Interesse des Eigentümers desselben verpflichtet (§ 1020). Bei einer Parzellierung des herrschenden Grundstücks ist deshalb die Ausübung im Zweifel — die Umstände können ergeben, daß eine Steigerung des Bedürfnisses des praedium dominans Berücksichtigung finden soll — nur in der Weise zulässig, daß für das praedium serviens keine Erschwerung eintritt (§ 1025). Laut besonderer Bestimmung (§ 877) kann die Verpflichtung zur Unterhaltung einer solchen Dienstbarkeitsanlage im Interesse des Dienstbarkeits-Berechtigten dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auferlegt werden. Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten, z. B. auf einer fremden Mauer ein Gebäude, so tritt die Unterhaltungspflicht des belasteten Grundstückseigentümers in Ansehung der eigenen Anlage mangels anderweiter Bestimmung von selbst ein, aber auch hier nur, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert (§§ 1021, 1022).

Auf die Unterhaltungspflicht des Servitutverpflichteten, des Eigentümers des belasteten Grundstücks, welche von dem Fortbestande der Dienstbarkeit rechtlich abhängt, finden die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung (§ 1021 Abs. 2).

2. Dem Eigentümer des belasteten Grundstücks steht ein im Rechtswege verfolgbares (St.A. 70 S. 267), rechtsgeschäftlich nicht beschränkbares und nicht ausschließbares Recht auf Verlegung des Ausübungsorts der Servitut unter den im § 1023 näher bestimmten Voraussetzungen zu; die Verlegung kann nur auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle desselben, nicht eines dritten (Ob.Trib. 27 S. 357; R.G. 50 S. 32, J.W. 02 S. 71) Grundstücks verlangt werden.

3. Der Berechtigte ist nicht befugt, durch willkürliche Steigerung der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks die Belastung des dienenden wesentlich zu erschweren (St.A. 14 S. 24, 98 S. 57).

4. Steht die Befugnis zur Mitbenutzung der zur Ausübung der Servitut gehörigen Anlage, z. B. einer Brücke bei einer Wegegerechtigkeit, dem Pflichtigen zu, so hat dieser, soweit es für sein Benutzungsrecht erforderlich ist, seinerseits die Anlage zu unterhalten. Durch Parteidisposition (§ 877) kann aber insoweit auch dem Servitutberechtigten die Unterhaltungspflicht auferlegt werden; auf letztere finden alsdann die Vorschriften über die Reallast entsprechende Anwendung, so daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks als der Reallastberechtigte, der Servitutberechtigte als der Reallastpflichtige erscheint (§ 1021 Abs. 2).

5. Bei einer die vollständige Ausübung nicht zulassenden Kollision der Servitut mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrechte und gleichem Range der kollidierenden Ansprüche, hat jeder Berechtigte den im Rechtswege verfolgbaren Anspruch auf eine den Interessen aller nach billigem Ermessen entsprechende Regelung, z. B. Beschränkung der Benutzung für eine bestimmte Zeit (§ 1124), vgl. auch §§ 1060, 1090 Abs. 2.

Die Lösung anderer Kollisionsfälle wird sich nach den §§ 752, 753 ermöglichen lassen.

d) Schutz (vgl. noch § 24 C.P.O.)

1. Petitorischer (§ 1027).

Bei Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit stehen dem Berechtigten, unbeschadet der Feststellungsklage aus § 256 C.P.O., die in § 1004 bestimmten Rechte zu (actio negatoria). Der Anspruch auf Beseitigung einer das Servitutrecht beeinträchtigenden Anlage unterliegt auch bei dessen Eintragung entgegen dem § 902 der Verjährung mit der bereits erwähnten, über § 222 hinausreichenden Wirkung und dem Ausschluß der Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) im Falle rechtsgeschäftlichen Erwerbes (§ 1028) trotz der nicht erfolgten Löschung der erloschenen Servitut.

2. Possessorischer (vgl. Art. 191 E.G.) [1]).

α) Trotz prinzipieller Ablehnung des Rechtsbesitzes finden im Interesse der Grunddienstbarkeiten und auch der beschränkten persön-

[1]) Für den Schutz der Ausübung einer Grunddienstbarkeit gelten, auch bevor das Grundbuch für das Grundstück als angelegt anzusehen ist, laut des Art. 28 A.G., wenn die Grunddienstbarkeit in einem über das Grundstück geführten gerichtlichen Buche eingetragen ist, die Vorschriften des § 1029, anderenfalls die Vorschriften des Art. 191 Abs. 2 E.G.

lichen Dienstbarkeiten (§ 1090 Abs. 2) die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften beim Zusammentreffen der nachbezeichneten Voraussetzungen entsprechende, nicht unmittelbare Anwendung (§ 1029).

$\alpha\alpha$) Die Grundgerechtigkeit muß für den Eigentümer des berechtigten Grundstücks im Grundbuch eingetragen sein; hieran kann es z. B. nach Art. 128, 187 E.G.; §§ 54, 90 Gr.O. fehlen.

$\beta\beta$) Eine die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigende Störung muß vorliegen.

$\gamma\gamma$) Der Gestörte muß der Besitzer, der unmittelbare oder mittelbare Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer, z. B. Pächter oder Verwalter, des praedium dominans sein.

$\delta\delta$) Die Ausübung muß innerhalb eines Jahres vor der Störung mindestens einmal stattgefunden haben; nur nach dem Maße dieser Ausübung richtet sich der Schutz, so daß eine Servitut, die nur in längeren als einjährigen Zwischenräumen ausgeübt werden kann, des Schutzes überhaupt entbehren wird.

β) Soweit sich der Dienstbarkeitsberechtigte im Besitze des belasteten Grundstücks oder eines Teils, z. B. einer Anlage, befindet und ein Eingriff in diesen Sachbesitz bewirkt wird, greifen die Bestimmungen der §§ 858 ff. direkt Platz.

II. Nießbrauch (§§ 1030 bis 1089).

a) Begriff und Gegenstand.

1. Nießbrauch ist das dingliche Recht an einem Vermögens-Gegenstande, inhalts dessen der Berechtigte zur Ziehung der Nutzungen unmittelbar befugt ist (§ 1030). Das Recht ist an die Person des Gläubigers geknüpft.

2. Gegenstand des Nießbrauchs kann eine Sache, auch ein Miteigentumsanteil (§ 1066), ferner ein nutzbares Recht, z. B. eine Reallast, eine Grundschuld, insbesondere eine Forderung sein, desgleichen das Vermögen einer Person und eine Erbschaft. Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück erlangt der Nießbraucher auch den Nießbrauch an dem Zubehör nach Maßgabe des § 926 (§ 1031), mithin an dem Besteller nicht gehörigen Zubehörstücken nur bei Erlangung des Besitzes und Gutgläubigkeit (§§ 932 bis 936).

α) Das Recht richtet sich auf die Gesamtheit der Nutzungen des Gegenstandes (§§ 100, 99). Das ausschließliche Recht des Nießbrauchers kann jedoch durch den Ausschluß einzelner Nutzungen be-

schränkt werden (§ 1030 Abs. 2); die Grunddienstbarkeit und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit dagegen umfaßt nur partielle, ihrem Inhalt nach positiv bestimmte Benutzungsrechte. Besteht der Nießbrauch an einer Miteigentumsquote, so übt der Nießbraucher die aus der Gemeinschaft des Miteigentums in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung sich ergebenden Rechte aus; wird jedoch die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an den an die Stelle des Anteils tretenden Gegenständen (§ 1066).

β) Der Nießbraucher ist befugt, sein Recht auf die Nutzungen durch unmittelbare tatsächliche Verfügung über die Sache selbst zu verwirklichen, ihm steht nicht bloß ein Anspruch auf Verabfolgung der gewonnenen Einkünfte zu.

b) Begründung.

1. Die rechtsgeschäftliche[1]) Bestellung des Nießbrauchs erfolgt

α) an einer körperlichen Sache und zwar

αα) an einem Immobile nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 873 ff.)[2]),

ββ) an einer beweglichen Sache dadurch, daß der Eigentümer (vgl. § 1058) die Sache dem Erwerber übergibt und beide einverstanden sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll. Die Vorschriften des § 929 Satz 2 (br. manu traditio) und der §§ 930 bis 936 über den Eigentumserwerb an einem Mobile finden mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß in den Fällen des § 936 cit. das die Sache belastende Recht des Dritten nicht erlischt, der Nießbrauch ihm aber vorgeht (§ 1032),

β) an einem Rechte nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften (§ 1069)[3]), da die Bestellung des Rechtsnießbrauchs eine partielle Sukzession in das belastende Recht bildet, z. B. an einer hypothekarisch versicherten Forderung nach § 1154; wenn es sich jedoch um ein Inhaberpapier oder ein mit Blankoindossa-

---

[1]) Über gesetzliche Nutznießung vgl. z. B. §§ 1363, 1649, 1686.

[2]) Vgl. § 50 Gr.O. Ein Nutzungspfandrecht kann als dingliches Recht an einem Grundstücke nicht mehr bestellt werden (K.G. Joh. 25 S. 290).

[3]) Vgl. auch § 1274 Abs. 1 (Pfandrecht an Rechten).

ment versehenes Ordrepapier[1]) handelt, genügt an Stelle der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes (§ 1081 Abs. 2)[2]),

γ) an einem Vermögen (Erbschaft) nur in der Weise, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt (§ 1085). Vgl. auch §§ 737 ff., 750 Abs. 2 C.P.O.

2. Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung unter analoger Anwendung der für die Eigentumsersitzung geltenden Vorschriften erworben werden (§ 1033); die Ersitzung des Nießbrauchs an einem Immobile ist nur nach Maßgabe des § 900 (Tabularersitzung) möglich.

c) Rechtsverhältnis während der Dauer des Nießbrauchs.

1. Der Nießbraucher ist zur Ziehung der Nutzungen und zum Besitze der Sache berechtigt (§§ 1030, 1036), er ist unmittelbarer, der Besteller mittelbarer Besitzer.

2. Er hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bzw. bei dem Nießbrauch an einem Walde, Bergwerk usw. nach einem mit dem Eigentümer festgestellten Wirtschaftsplan zu verfahren (Legalobligation). Er ist deshalb auch zu einer Umgestaltung oder wesentlichen Veränderung der Sache, z. B. zur Umwandlung eines Obstgartens in ein Ackerstück, eines Wohnhauses in einen Stall, nicht befugt. Ausnahmsweise darf er auf dem Nießbrauchsgrundstück auch ohne Zustimmung des Eigentümers neue Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen, z. B. Steinen, Kies, Sand, Torf usw., errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch eine wesentliche Änderung erfährt (§§ 1036, 1037, 1038).

Er erwirbt aber mit der Trennung (§ 954) das Eigentum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Übermaße zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses, z. B. eines verheerenden Raupenfraßes,

[1]) Gehört ein solches Papier nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen, so bewendet es bei den Vorschriften des § 1067 (§ 1084).

[2]) An einem nicht übertragbaren Rechte kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden (§ 1069 Abs. 2), ebensowenig ein Pfandrecht (§ 1274 Abs. 2).

notwendig geworden ist. Er ist jedoch unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden zum Wertsersatz dieser Früchte bei Beendigung des Nießbrauchs und sofortiger Bestellung einer Sicherheit hierfür obligatorisch verpflichtet, kann aber ebenso wie der Eigentümer die Verwendung des Betrags zu der einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechenden Wiederherstellung der Sache verlangen [1]). Mangels solchen Verlangens fällt die Ersatzpflicht fort, soweit bei der Ausgleichung sich ergibt, daß der außerordentliche Fruchtbezug dem Nießbraucher keinen Vorteil gebracht, sondern die ihm gebührenden Nutzungen, z. B. bei Windbruch künftig schlagbarer Bäume, beeinträchtigt hat (§ 1039).

α) Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen; Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen, regelmäßig wiederkehrenden Unterhaltung der Sache gehören (§ 1041).

β) Er hat dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu machen, wenn

entweder die Sache zerstört oder beschädigt oder eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung oder eine Vorkehrung zum Schutze gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich wird,

oder ein Dritter ein Recht an der Sache sich anmaßt (§ 1042).

Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Vornahme außergewöhnlicher Reparaturen besteht nicht, der Nießbraucher muß ihm aber solche erforderlichenfalls gestatten (§ 1044).

γ) Der Nießbraucher hat die Sache für die Dauer des Nießbrauchs gegen Brandschaden und sonstige Unfälle auf seine Kosten unter Versicherung zu nehmen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, und zwar in der Weise, daß die Forderung gegen den Versicherer nicht ihm, sondern dem Eigentümer (vgl. § 1058) zusteht; ist die Sache bereits versichert, so fallen ihm für die Dauer des Nießbrauchs insoweit die Versicherungsbeiträge zur Last.

An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Nießbraucher der Nießbrauch wie an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung zu, so daß insbesondere die Versicherungsgelder nur an ihn und den Eigentümer gemeinschaftlich ausgezahlt werden dürfen (§§ 1076 ff.).

[1]) Vgl. § 2133 (Vorerbe).

Jeder von ihnen kann die Verwendung der Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verlangen, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht (§§ 1045, 1046).

δ) Der Nießbraucher ist dem Eigentümer (vgl. § 1058), nicht dem Berechtigten gegenüber zur Berichtigung der Lasten verpflichtet, und zwar hat er für die Dauer des Nießbrauchs zu tragen

αα) die auf der Sache ruhenden, ihr vor oder nach Begründung des Nießbrauchs auferlegten öffentlichen Lasten (vgl. § 436) mit Ausschluß der außerordentlichen, die als auf den Stammwert, nicht auf die Erträge der Sache gelegt anzusehen sind [1]),

ββ) diejenigen privatrechtlichen Lasten, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, also nicht die später entstandenen, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen (auch Eigentümerhypotheken) und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen (§ 1047) [2]). Die Verpflichtung des Nießbrauchers erstreckt sich mithin auf Amortisationszuschläge und nachträglich eintretende Zinserhöhungen nicht. Ebensowenig hat er für die Berichtigung gekündigter Kapitalsposten zu sorgen.

ε) Bildet ein Grundstück samt Inventar den Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Inventarstücke zwar innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen, sie also auch veräußern, er hat aber für die hiernach ausscheidenden Stücke und den gewöhnlichen Abgang Ersatz zu beschaffen; die Ersatzstücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Inventareigentümers (R.G. 33 S. 276). Übernimmt er das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung der Rückgewähr zum Schätzungswerte, so finden §§ 588, 589 (Pacht) entsprechende Anwendung (§ 1048).

3. Durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführte Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache hat der Nießbraucher nicht zu vertreten [3]).

---

[1]) Ob dies der Fall ist, wird sich unter Umständen auch aus der Höhe der Last ergeben.

[2]) Dagegen hat die auf einen dem Leibgedingsberechtigten zur Benutzung überlassenen Teil des Grundstücks — auch ein Gebäude — entfallenden Lasten laut Art. 15 § 4 A.G. der Leibgedingsverpflichtete zu tragen.

[3]) Vgl. noch §§ 548 (Miete), 602 (Leihe).

Er kann wie der Mieter nach § 547 Abs. 2 Verwendungen, zu denen er nicht verpflichtet ist, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen und hat auch das ius tollendi; die Verjährung dieser Ansprüche bestimmt sich nach den §§ 1057, 558 Abs. 2, 3 wie die der Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache (§§ 1049, 1050).

4. Dem Schutze des Eigentümers (vgl. § 1058) gegen seine Gefährdung durch den Nießbraucher dienen mehrere Rechtsbehelfe.

α) Der Eigentümer kann zwar nicht schlechthin wie nach gem. Recht, sondern nur wenn die Besorgnis einer erheblichen Verletzung seiner Rechte auf Erhaltung oder Rückgewähr durch das Verhalten des Nießbrauchers begründet wird, Sicherheitsleistung und nach Erlaß des rechtskräftigen Urteils auf Sicherheitsleistung und fruchtlosem Ablauf der zur Sicherheitsleistung bestimmten Frist statt ihrer die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers an einen von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter (Sequestration) verlangen. Bei nachträglicher Sicherheitsleistung ist die Verwaltung wieder aufzuheben (§ 1052). Vgl. auch § 857 Abs. 4 C.P.O.

β) Er ist ferner befugt, die Anordnung einer solchen Verwaltung direkt im Rechtswege zu beanspruchen, wenn der Nießbraucher seine Rechte in erheblichem Maße verletzt und ungeachtet seiner Abmahnung das verletzende Verhalten fortsetzt (§ 1054). Vgl. § 1217 (Pfandrecht).

γ) Er kann endlich auch auf Unterlassung klagen, wenn der Nießbraucher trotz Abmahnung einen fortgesetzt unbefugten Gebrauch von der Sache macht (§ 1053). Vgl. auch §§ 550, 12, 862, 1004, 1027, 1034.

d) Beendigung.

1. Der Nießbrauch erlischt[1]):

α) mit dem Tode des Nießbrauchers bzw. dem Erlöschen der nießbrauchsberechtigten juristischen Person (§ 1061); auch inter vivos ist er nicht übertragbar, nur seine Ausübung kann einem anderen, z. B. pachtweise überlassen werden (§ 1059). Ob der einer offenen Handelsgesellschaft zustehende Nießbrauch mit der Auflösung der Gesellschaft oder dem Tode des Inhabers erlischt, muß in concreto nach der der

[1]) Wegen Löschung im Grundbuch vgl. §§ 22, 23, 24 Gr.O.

Bestellung zugrunde liegenden causa beurteilt werden. Der Nießbrauch darf also nicht ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Gläubigers, also eventuell noch darüber hinaus bis zur Tilgung einer Forderung, z. B. der eines Hypothekengläubigers, bestellt werden (R.G. Joh. 25 S. 290, R. 03 S. 150). Eine derartige Eintragung im Grundbuch ist unzulässig,

β) durch den Zuschlag in der Subhastation nach Maßgabe der §§ 52 Abs. 1, 59 ff., 91, 92 (Surrogationsprinzip), 121 Zw.G., § 9 E.G. hierzu,

γ) durch Vereinigung, Zusammentreffen des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache oder einem Rechte[1]) (§ 1072) mit dem Eigentum in derselben Person (Konsolidation); er gilt jedoch wie das Pfandrecht (§ 1256) als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestande hat (§ 1063). Vgl. auch §§ 1991, 2145, 2377,

δ) durch rechtsgeschäftliche Aufhebung, welche

αα) in Ansehung eines Grundstücks nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 875 ff.) erfolgt[2]) und sich im Zweifel auf den Nießbrauch an dem Zubehör erstreckt (§ 1062),

ββ) bezüglich einer beweglichen Sache oder eines Rechts (§ 1072) nur die Aufgabeerklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer oder Besteller erfordert (§ 1064).

2. Der Nießbraucher ist nach der Beendigung des Nießbrauchs zur Rückgabe der Sache[3]) an den Eigentümer (vgl. § 1058) verpflichtet (Legalobligation). Für die Rückgewähr landwirtschaftlicher Grundstücke, insbesondere Landgüter kommen die §§ 591 bis 593 (Pacht) zur entsprechenden Anwendung (§ 1055).

Hat der Nießbraucher ein Nießbrauchsgrundstück über die Dauer seines Rechts hinaus vermietet oder verpachtet, so hört mit der Beendigung des Rechts nicht ohne weiteres auch das Miet- und Pachtverhältnis auf, vielmehr tritt der Eigentümer unter analoger Anwendung der bei der Veräußerung des Miet- oder Pachtgrundstücks durch den Vermieter geltenden §§ 571, 572, 573, Satz 1, §§ 574 bis 576, 579 in dieses Verhältnis ein (vgl. auch noch § 152 Abs. 2 Zw.G.);

---

[1]) Dagegen § 889.

[2]) Für die Löschung kommen §§ 47, 54 Gr.O.; § 901 in Betracht.

[3]) Wegen Grundbuchberichtigung vgl. §§ 894 ff.

er ist jedoch zu dessen Aufkündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Aufkündigungsfrist befugt. Dem Mieter oder Pächter steht das Recht zu, den Eigentümer unter Bestimmung der angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache; die Kündigung kann alsdann nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen (§ 1056). Vgl. noch §§ 1423, 1663, 2135.

e) Schutz des Nießbrauchers.

1. Die Rechtspositionen des Eigentümers und Nießbrauchers dritten Personen gegenüber bleiben vollständig von einander getrennt. Die Prozeßführung ist keine gemeinschaftliche Angelegenheit; die Wirkung des rechtskräftigen Urteils bestimmt sich nach § 325 C.P.O. (§ 727 das.). Vgl. §§ 76, 77 ebendort (laudatio auctoris).

2. Zugunsten des Nießbrauchers gilt in seinem Verhältnis zu dem Eigentümer der Besteller als Eigentümer, es sei denn, daß der Nießbraucher das Nichteigentum kennt, sein guter Glaube findet mithin insoweit im Verkehrsinteresse volle Berücksichtigung (§ 1058).

3. Die Kollision mit Nutzungsrechten von gleichem Range wird in Gemäßheit des § 1024 (Grunddienstbarkeit) gelöst (§ 1060). Ältere dingliche Rechte auf die Nutzungen der Nießbrauchssache, soweit sie nicht erloschen sind (§§ 936 Abs. 2, 1032), hat der Nießbraucher selbstverständlich zu berücksichtigen.

4. Sowohl eine totale Verletzung des Nießbrauchs durch Vorenthaltung des Besitzes als auch eine anderweite partielle Beeinträchtigung des Rechts kann vorkommen. Deshalb stehen dem Berechtigten neben der Feststellungsklage aus § 256 C.P.O. und den possessorischen Rechtsbehelfen nicht bloß wie bei der Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit die im § 1004 bestimmten Rechte (negatoria) zu (§ 1027), vielmehr finden die für den Eigentumsschutz geltenden Vorschriften (§§ 985 ff.) im weitesten Umfange entsprechende Anwendung, insbesondere auch die §§ 987 ff. in bezug auf die Herausgabe der Nutzungen, Erstattung von Verwendungen usw., wobei dem Nießbraucher gegenüber dem Besitzer die Stellung des Vindikanten eingeräumt ist (§ 1065).

f) Uneigentlicher Nießbrauch (quasi ususfructus).

Der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, auch den dazu gehörigen Inhaberpapieren, z. B. Banknoten, oder mit Blankoindossament

versehenen Ordrepapieren (§§ 92, 1084), unterscheidet sich von dem an anderen körperlichen Gegenständen dadurch, daß

1. der Nießbraucher das Eigentum an den Sachen erwirbt,

2. die Rückgewähr nicht in natura, auch nicht in gleicher Quantität und Qualität, sondern in dem Ersatze des Werts zu erfolgen hat, den die Sachen, mögen sie vertretbar oder nicht vertretbar sein, zur Zeit der Bestellung, nicht der Beendigung des Nießbrauchs hatten; jeder Teil kann, wie bei dem eigentlichen Nießbrauch den Zustand, hier den Wert von vornherein feststellen lassen (probatio in perpetuam rei memoriam),

3. die Kautionspflicht bei Gefährdung des Anspruchs auf Werterſatz eintritt (§ 1067). Vgl. noch § 1075 Abs. 2.

g) Besonderheiten.

1. Auf den Nießbrauch an übertragbaren Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen mit den bereits erwähnten Abweichungen entsprechende Anwendung; der Nießbraucher erlangt mithin auch hier nicht etwa bloß obligatorische Ansprüche gegenüber dem Berechtigten, sondern wird selbst unmittelbarer Mitberechtigter. Aus diesem Verhältnis ergeben sich mit Rücksicht auf die Natur des Nießbrauchsgegenstandes noch einige Eigentümlichkeiten (§§ 1068 ff.).

α) Das dem Nießbrauch unterliegende Recht kann rechtsgeschäftlich, z. B. durch Verzicht, nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden oder eine den Nießbrauch beeinträchtigende Änderung erfahren (§ 1071). Vgl. auch § 1276 (Pfandrecht).

β) Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Nießbrauchs, z. B. eine Forderung, eine Grundschuld, eine Reallast, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Übertragung des Rechts zwischen dem Erwerber (Zessionar) und dem Verpflichteten (debitor cessus) gelten, wobei der Grundgedanke maßgebend ist, daß solche Nießbrauchsbestellung eine partielle Sukzession in diesen Anspruch darstellt. Die Wirksamkeit einer Sequestration nach § 1052 (§ 1054) oder ihrer Aufhebung tritt dem Verpflichteten gegenüber erst nach erlangter Kenntnis oder Zustellung der Mitteilung von der Anordnung ein (§ 1070). Vgl. auch § 1275 (Pfandrecht).

αα) Dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen auf wiederkehrende Leistungen gerichteten, zeitlich begrenzten obligatorischen oder dinglichen Rechts gebühren diese Leistungen, insbesondere die Ansprüche an die verpflichteten Dritten, als Nutzungen (§ 1073); hiernach dürfte das Nießbrauchsrecht als ein einheitliches nnd nicht als eine Mehrheit von bedingten Forderungsrechten zu erachten sein (R.G. 6 S. 210).

ββ) Die einfache Forderung (Grundschuld, Rentenschuld) gewährt allerdings keine Nutzungen, ist aber doch als Mittel zu Erlangung eines nutzbaren Vermögensgegenstandes Nießbrauchobjekt. Für den Nießbraucher ist deshalb ein selbständiges Einziehungs- und Kündigungsrecht mit der Fürsorgepflicht hinsichtlich ordnungsmäßiger Einziehung statuiert, dagegen ist er zu anderen Verfügungen über die Forderung, z. B. Zession, nicht befugt. Mit der Leistung des verpflichteten Dritten an den Nießbraucher erwirbt der Leistungsgläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an diesem Gegenstande; das dem Nießbraucher gegenüber vorgenommene Erfüllungsgeschäft befreit mithin den Leistungsschuldner dem Leistungsgläubiger gegenüber. Werden verbrauchbare Sachen seitens des Schuldners geleistet, so wird der Nießbraucher Eigentümer; die Vorschriften über den quasi ususfructus finden alsdann entsprechende Anwendung (§§ 1074, 1075, 1080).

α_2) Bildet die Forderung (Grundschuld, Rentenschuld) ein fruchttragendes Vermögensstück, steht sie also, kündbar oder unkündbar, auf Zinsen aus (§§ 1076, 1080), dann tritt, mag die Zinsverbindlichkeit auf Rechtsgeschäft oder Gesetz, z. B. § 452, beruhen — entspringt die Zinspflicht lediglich ex mora, so ist eine auf Zinsen ausstehende Forderung nicht anzunehmen —, eine Beschränkung der regelmäßigen Befugnisse des Nießbrauchers ein, indem die aktive und passive Seite des Einziehungsrechts des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung vergemeinschaftlicht ist (§§ 1077 ff.).

α_3) Der Nießbraucher und der Gläubiger können nur gemeinschaftlich kündigen, die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie beiden, dem Nießbraucher und dem Gläubiger, erklärt wird. Deshalb kann jeder Teil, sofern die Fälligkeit von einer Kündigung abhängt, die Mitwirkung des anderen zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit, nicht also aus sonstigen Gründen, z. B. Niedrigkeit des Zins-

fußes, nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist (§§ 1077, 1078).

β_3) Der Schuldner kann das **Kapital** — die **Zinsen** gebühren dem Nießbraucher gemäß § 101 Nr. 2 i. f., das Verfügungsrecht über die Zinsforderung steht ihm allein zu — **nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen.** Jeder von diesen beiden kann deshalb entweder selbständig die Zahlung an sie beide oder anstatt derselben die Hinterlegung für beide von dem Schuldner, aber auch die Mitwirkung des anderen zur Einziehung der fälligen Forderung, sowie zur verzinslichen pupillarsicheren Anlegung des eingegangenen Kapitals nach Wahl des Nießbrauchers und zur gleichzeitigen Bestellung des Nießbrauchs für ihn verlangen (§§ 1077, 1078, 1079). Vgl. noch §§ 1281, 1288 (Pfandrecht).

β_2) Eine **Vergemeinsamung** der **Verfügungsmacht** tritt bei **Inhaberpapieren**, nicht bloß den Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793ff.), sondern auch z. B. bei Inhaberaktien, sowie **bei mit Blankoindossament versehenen Ordrepapieren ohne** Rücksicht auf ihre **Verzinslichkeit** oder **Unverzinslichkeit** dergestalt ein, daß

α_3) der **Besitz** des Papiers und des dazugehörigen **Erneuerungsscheins** (Talons) dem Eigentümer und Nießbraucher **gemeinschaftlich** zusteht, während allerdings der Besitz der bezüglichen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine (§ 101 Nr. 2 i. f.) dem Nießbraucher gebührt [1]),

β_3) das Papier nebst Erneuerungsschein auf Verlangen des einen oder anderen Teils bei einer **Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen** ist, daß die **Herausgabe nur von beiden gemeinschaftlich** verlangt werden kann; der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank fordern,

γ_3) eine **gegenseitige Verpflichtung** zur **Mitwirkung** in Ansehung gewisser zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Maßnahmen, insbesondere die Einziehung des fälligen Kapitals, sowie im Falle der Einlösung in Ansehung der verzinslichen pupillarsicheren Anlegung [2]) des Kapitals einschließlich einer bezahlten Prämie, nach Wahl des Nießbrauchers unter gleichzeitiger Bestellung des Nießbrauchs für ihn besteht (§§ 1081, 1082, 1083).

---

[1]) Vgl. § 952.

[2]) Vgl. noch Art. 85 A.G. (Hinterlegungsstellen).

2. Soweit der Nießbrauch an dem Vermögen (Erbschaft) einer Person bestellt ist (vgl. noch §§ 310, 311), ergeben sich aus der Rücksicht auf das Interesse ihrer Gläubiger mehrfache Qualifikationen.

α) Die älteren, rein persönlichen Gläubiger des Bestellers können ohne Rücksicht auf den späteren Nießbrauch Befriedigung aus den Nießbrauchsgegenständen fordern und deshalb den Nießbraucher auf Duldung der Zwangsvollstreckung in dieselben belangen. Vgl. noch §§ 737 ff., 750 Abs. 2 C.P.O. Hat der Nießbraucher das Eigentum an verbrauchbaren Sachen erlangt, z. B. nach § 1067, so tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch auf Wertsersatz; die Gläubiger können in diesem Falle direkt von dem Nießbraucher den sofortigen Ersatz beanspruchen (§ 1086).

β) Der Nießbraucher ist dem Besteller gegenüber nach Fälligkeit einer vor der Nießbrauchsbestellung entstandenen Forderung zur Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers derselben erforderlichen, von dem Besteller auszuwählenden Gegenstände verbunden, diese Rückgabepflicht beschränkt den Nießbrauch sachlich (§ 1087); soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller alsdann dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. Der Nießbraucher kann aber auch die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen und wenn dieser nicht zum Nießbrauchsvermögen gehört, unter den besonderen Umständen des § 1078 Abs. 2 einen dazu gehörigen Gegenstand zum Zwecke der Erfüllung veräußern.

γ) Eine unmittelbare — durch Vereinbarung zwischen Nießbraucher und Besteller nicht auszuschließende oder zu beschränkende — Haftung des Nießbrauchers den persönlichen Gläubigern des Bestellers gegenüber besteht während der Dauer des Nießbrauchs in Ansehung der Zinsen zur Zeit der Nießbrauchsbestellung bereits verzinslicher Forderungen, sowie in Ansehung der ebenfalls schon vorher entstandenen Ansprüche auf andere wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, z. B. Leibrenten, Altenteilspräſtationen. Daneben ist der Nießbraucher auch dem Besteller gegenüber zur Befriedigung dieser Ansprüche verpflichtet, doch kann letzterer die Rückgabe von Gegenständen (β) zu diesem Zwecke erst bei Verzug des Nießbrauchers verlangen (§§ 1085 bis 1089).

III. **Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten** (§§ 1090 bis 1093).

a) Begriff und Inhalt.

1. Die persönliche Dienstbarkeit, welche eine subjektiv persönliche, objektiv dingliche Belastung des Grundstücks bildet, gleicht der Grunddienstbarkeit darin (§ 1090 Abs. 1),

α) daß sie nur an einem Grundstück (vgl. noch § 1017; § 6 Gr.O.), nicht wie der Nießbrauch auch an einer beweglichen Sache oder gar an Rechten (§§ 1068 ff.) oder einem Vermögen (§§ 1085 ff.), statthaft ist,

β) daß sie dem Berechtigten nur die Befugnis gewähren kann, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen oder die Vornahme gewisser Handlungen daselbst zu verbieten oder die Ausübung eines aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück sich ergebenden Rechts auszuschließen, mithin dem Berechtigten nur die positiv bestimmten, rechtsgeschäftlich spezialisierten Befugnisse einräumt, während bei dem Nießbrauch die charakteristische Parteiintention auf Zuwendung der Gesamtheit der Nutzungen sich richtet.

2. Dagegen unterscheidet sich die beschränkte persönliche Dienstbarkeit von der Prädialservitut dadurch, daß letztere nur zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (praedium dominans), erstere wie der Nießbrauch zugunsten einer Person unabhängig von der Beziehung zum Grundstückseigentum bestellt wird. Diese subjektiv dingliche Natur der Grunddienstbarkeit gestattet nur eine entsprechende, nicht eine unmittelbare Anwendung der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029 auf die subjektiv persönliche, wie der Nießbrauch mit dem Tode des Berechtigten (§ 1061) erlöschende Dienstbarkeit (§ 1090 Abs. 2). Aus der innigen Verknüpfung der letzteren mit der Person des Berechtigten folgt aber weiter,

α) daß ihr Umfang sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten in Ansehung, z. B. seines Gewerbebetriebs oder seiner Haushaltung, nicht nach dem objektiven Interesse einer Sache bestimmt (§ 1091),

β) daß sie nicht übertragbar ist (vgl. §§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2), aber auch abweichend vom Nießbrauch (§ 1059) die Ausübung als höchst persönliche Befugnis erscheint und deshalb einem anderen nur überlassen werden kann, wenn die Überlassung z. B. durch

Vereinbarung gestattet ist (§ 1092). Vgl. § 857 Abs. 3, 4 C.P.O.; § 1 K.O.

b) Wohnungrecht [1]).

Das ausschließliche Wohnungsrecht an einem ganzen Gebäude oder einem Gebäudeteile läßt sich als Nießbrauch, aber auch als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit konstituieren. Doch finden auf diese die für den Nießbrauch geltenden §§ 1031, 1034, 1036, 1037 Abs. 1, 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende, weil in der Natur des Verhältnisses begründete Anwendung, während das Recht im übrigen nach den §§ 1090 bis 1092 mit folgenden Abweichungen zu behandeln ist (§ 1093).

1. Der Berechtigte ist befugt, seine Familie — der Ausdruck wird im gewöhnlichen Sinne zu verstehen sein — sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen [2]); die Überlassung der Ausübung ist mithin insoweit gesetzlich gestattet (§ 1092).

2. Das auf einen Gebäudeteil beschränkte Recht erstreckt sich vorbehaltlich abweichender Parteidispositionen auf die Mitbenutzung der zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen, z. B. zur Kanalisation.

Dieses Wohnungsrecht ist lediglich Grundstücksbelastung, mit welcher zufällig die persönliche Pflicht zur Zahlung eines Zinses verknüpft sein kann, aber es erzeugt nicht gegenseitige obligatorische Rechte und Verbindlichkeiten wie die Miete (K.G. Joh. 24 S. 123). Das bloß persönliche Mietrecht ist nicht eintragungsfähig (R.G. 54 S. 235, J.W. Beil. 03 S. 70).

---

[1]) Ist dem Leibgedingsberechtigten (Auszügler) eine abgesonderte, d. h. eine lediglich seinem Gebrauchsrecht unterliegende Wohnung zu gewähren, so hat der Verpflichtete sie ihm gemäß Art. 15 § 5 A.G. in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustand zu überlassen und während der Dauer seiner Verpflichtung in diesem Zustande zu erhalten. Wird das Gebäude durch Zufall zerstört, so hat der Verpflichtete die Wohnung in einer nach den Umständen der Billigkeit entsprechenden Zeit und Weise wiederherzustellen und bis zur Wiederherstellung dem Berechtigten eine angemessene andere Wohnung zu beschaffen.

[2]) Die Aufnahmebefugnis des Leibgedingsberechtigten wird in dem Art. 15 § 6 A.G. auf den Fall beschränkt, daß er Anspruch auf eine abgesonderte Wohnung hat; sie wird dort umfänglich begrenzt, wenn der Verpflichtete nur die Mitbenutzung seiner Wohnung dem Berechtigten zu gestatten hat.

§ 77.

Das Vorkaufsrecht (§§ 1094 bis 1104)[1].

I. Begriff.

Das objektiv dingliche Vorkaufsrecht — von dem persönlichen handeln die §§ 504 bis 514 — belastet ein Grundstück unmittelbar in der Weise, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkauf berechtigt ist. Hieraus ergibt sich

a) Gegenstand des Vorkaufsrechts kann nur ein Grundstück, nicht eine bewegliche Sache sein; deshalb bestimmt sich die Begründung, Änderung, Aufhebung usw. nach den §§ 873 ff. Auch die Belastung einer Grundstücksparzelle ist unter Abschreibung von dem bisherigen Grundstück und Eintragung als selbständiges Grundstück zulässig (§ 6 Gr.O.), dagegen kann die Quotenbelastung, wie inhalts der §§ 1106, 1114, 1192, nur in der Belastung des ideellen Anteils eines Miteigentümers (§§ 1008 ff.) bestehen (§ 1095). Statthaft und im Zweifel anzunehmen ist (§ 1096) die Erstreckung des Vorkaufsrechts auf das bewegliche Zubehör (§§ 97 ff.), das mit dem Grundstück verkauft wird (§§ 314, 926). Vgl. noch §§ 1031, 1062, 1093 (Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

b) Das Vorkaufsrecht kann wie die Reallast (§ 1105 Abs. 2) auch als subjektiv dingliches Recht (§ 96) zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden (§ 1094 Abs. 2)[2]; die Verbindung des subjektiv dinglichen Vorkaufsrechts mit dem Eigentum an dem berechtigten Grundstück ist eine unlösbare. Unstatthaft ist auch die Umwandelung des subjektiv persönlichen in ein subjektiv dingliches Vorkaufsrecht (§ 1103). Vgl. noch §§ 1110, 1111 Abs. 1 (Reallast).

c) Der Inhalt der Belastung besteht darin, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks sich den Vorkauf durch den Berechtigten gefallen lassen muß. Die Belastung ist aber nicht als eine dauernde gedacht, sie wirkt deshalb nicht in Ansehung aller künftigen Verkaufsfälle, sondern hat nur Bedeutung bei dem Verkauf des Grundstücks durch den Eigentümer, dem es zur Zeit der Bestellung gehört, oder auch durch dessen Erben, nicht aber durch einen Singularsukzessor. Das Recht kann aber auch als ein wiederholentliches, auf mehrere

---

[1]) Über das dingliche Wiederkaufsrecht bei Rentengütern vgl. Art. 29 A.G.

[2]) Vgl. § 8 Gr.O.

oder alle künftigen Verkaufsfälle ausgedehntes konstituiert und der Übergang der passiven Seite der Obligation auf jeden neuen Eigentümer des Grundstücks damit bestimmt werden (§ 1097).

II. Rechtsverhältnis der Beteiligten.

a) Im Verhältnis des Vorkaufsberechtigten zum Vorkaufspflichtigen kommen die Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht (§§ 504 bis 514) mit der Modifikation zur Anwendung, daß entgegen dem § 512 das dingliche Vorkaufsrecht auch dann ausgeübt werden kann, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand (§ 134 K.O.) verkauft wird (§ 1098 Abs. 1). — Soweit der Vorkaufsberechtigte nach § 1100 dem dritten Käufer des belasteten Grundstücks oder dessen Rechtsnachfolger den zwischen dem Vorkaufspflichtigen und seinem Käufer vereinbarten Kaufpreis zu erstatten hat, wird er seinerseits, um keinen Nachteil zu erleiden, von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei; der Verpflichtete muß sich den entsprechenden Abzug gefallen lassen (§ 1101).

b) Ein Dritter, insbesondere der Käufer des belasteten Grundstückes und jeder, der das Eigentum desselben oder ein begrenztes Recht nach einem durch den Vorkaufspflichtigen bewirkten Verkaufsfalle erlangt, z. B. auch ein Ersteher (§ 48 Zw.G.), muß das Vorkaufsrecht in gleicher Weise respektieren, als ob eine Vormerkung (§§ 883ff.) zur Sicherung des durch seine Ausübung entstehenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung für den Berechtigten eingetragen wäre (§ 1098 Abs. 2)[1].

1. Der neue Eigentümer des belasteten Grundstücks ist deshalb in gleicher Weise wie der Vorkaufspflichtige zur Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrags an den Berechtigten mit der im § 510 Abs. 2 bestimmten Wirkung — von dem Empfange der Anzeige läuft die Präklusivfrist für die Ausübung des Rechts — selbständig befugt.

2. Der Vorkaufsberechtigte kann die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer, sowie die Herausgabe des Grundstücks von dem neuen Eigentümer verlangen (§§ 888), dieser aber, sofern er der Käufer selbst oder aber ein Universal- oder Singularsukzessor des Käufers ist, dem Verlangen des Berechtigten eine dilatorische Einrede entgegensetzen und dieses Verlangen zurückweisen, bis ihm

---

[1]) Die gleiche Wirkung hat das Wiederkaufsrecht bei Rentengütern nach Art. 29 § 5 A.G.

der zwischen dem Vorkaufspflichtigen, dem früheren Eigentümer des belasteten Grundstücks, der den Verkauf bewirkt hat, und seinem Käufer vereinbarte Preis in Höhe des tatsächlich berichtigten Betrages erstattet wird. Die Erstattungsforderung besteht mithin für den Rechtsnachfolger des Käufers, also jeden Dritten, an den das belastete Grundstück demnächst weiter veräußert wurde, aber nur in Ansehung des zwischen dem Vorkaufspflichtigen und dessen Käufer, nicht des zwischen diesem und seinem Rechtsnachfolger vereinbarten Preises. Der Vorkaufsberechtigte ist mithin nicht befugt, den neuen Eigentümer wegen seiner Erstattungsforderung an den Vorkaufspflichtigen zu verweisen. Hat er ohne Befriedigung derselben seine Eigentumseintragung erlangt, so kann der bisherige Eigentümer, selbst wenn er dieser zugestimmt hat, seinen Ersatzanspruch gegen den Vorkaufsberechtigten unter dem Erbieten zur Herausgabe des Grundstücks auch noch nachträglich im Klagewege geltend machen (§ 1100).

c) Sobald die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt (§ 505) oder ausgeschlossen ist (§§ 507, 510), hat der Vorkaufsverpflichtete den neuen Eigentümer, den Käufer des belasteten Grundstücks oder dessen Rechtsnachfolger, hiervon zu benachrichtigen. Verliert dieser infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigentum, so wird der Käufer, soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei; dagegen kann er den bereits berichtigten Kaufpreis von dem Vorkaufsverpflichteten nicht zurückfordern, da insoweit für ihn oder seine Rechtsnachfolger die Erstattungsforderung an den Vorkaufsberechtigten (b 2) besteht und dieser sich seinerseits an den Pflichtigen halten kann (§ 1102).

III. Erlöschen.

Der unbekannte Vorkaufsberechtigte kann im Wege des Aufgebotsverfahrens[1]) (§§ 982 ff. C.P.O.) unter den im § 1170 (nicht §§ 1171 oder 1188) für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen mit seinem Vorkaufsrechte ausgeschlossen werden; mit der Erlassung des Ausschlußurteils tritt das Erlöschen des Vorkaufsrechts ein, während die Hypothek in dem nämlichen Zeitpunkt von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks erworben wird.

---

[1]) Vgl. noch Art. 1 IV § 21 A.G. z. R.G. v. 7. 5. 98 betr. Änder. der C.P.O.

Auf ein subjektiv dingliches Vorkaufsrecht finden aber diese Vorschriften keine Anwendung (§ 1104). Vgl. noch §§ 887 (Vormerkung), 927 (Grundstückseigentum), 1112 (Reallasten), 1269 (Pfandrecht).

§ 78.

Reallasten (§§ 1105 bis 1112; Art. 113ff. E.G.)[1].

I. Begriff.

Die Reallast stellt sich als eine objektiv dingliche Belastung eines Grundstücks dar (vgl. noch §§ 24, 25, 265ff., 325 C.P.O.), inhalts welcher an den Berechtigten wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (§ 1105 Abs. 1). Im einzelnen verdient Hervorhebung:

a) Gegenstand der Reallast kann wie beim Vorkaufsrecht nur ein Grundstück, nicht eine bewegliche Sache sein. Deshalb bestimmt sich — von den öffentlichen Lasten, z. B. Schulbaulasten (St.A. 94 S. 102), abgesehen, vgl. auch Art. 114 E.G. — die Begründung, Änderung, Aufhebung usw. nach den §§ 873ff.; auch die Belastung einer Grundstücksparzelle ist zulässig (§ 6 Gr.O.), dagegen kann der Alleineigentümer nicht einem ideellen Anteil eine Reallast auferlegen, vielmehr ist die Quotenbelastung, wie inhalts der §§ 1095, 1114, 1192, nur in Ansehung des Anteils eines Miteigentümers (§§ 1008ff.) statthaft (§ 1106).

b) Die Reallast kann wie das Vorkaufsrecht (§ 1094 Abs. 2) zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, also als ein subjektiv dingliches Recht (§ 96) bestellt werden (§ 1105 Abs. 2)[2]. Die Verbindung der subjektiv dinglichen Reallast, wie eines solchen Vorkaufsrechts (§ 1103 Abs. 1) mit dem Eigentum

[1]) Die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit Reallasten untersagen oder beschränken, bleiben nach Art. 115 E.G. unberührt. Solche Beschränkungen enthält beispielsweise § 91 des Preuß. Ablösungsges. v. 2. 3. 50, während im Gebiete des rhein. Rechts die Begründung von Reallasten ganz ausgeschlossen ist. Die Sonderstellung des linksrheinischen Teils der Rheinprovinz wird durch Art. 30 A.G. beseitigt. In Anlehnung an § 91 cit. ist dort namentlich bestimmt, daß mit Ausnahme fester Geldrenten beständige Abgaben und Leistungen einem Grundstück als Reallasten nicht auferlegt werden können. Hieraus folgt, daß die Bestellung eines Altenteils als Reallast auch im Gebiete des rhein. Rechts in Zukunft zulässig sein wird (§ 50 Gr.O.). In die Vorschriften über Rentengüter insbesondere § 2 Pr. G. v. 27. 6. 90, wird durch Art. 30 cit. nicht eingegriffen.

[2]) Vgl. § 8 Gr.O.

an dem berechtigten Grundstück ist auch dann unlösbar (R.G. 12 S. 202), wenn das Recht nicht bloß zur „Notdurft“ des Grundstücks bestellt wurde (§ 1110).

Unzulässig ist auch die Umwandlung einer subjektiv persönlichen Reallast in eine subjektiv dingliche (§ 1111 Abs. 1). Vgl. noch § 1103 Abs. 2 (Vorkaufsrecht).

Dagegen kann die subjektiv persönliche Reallast, wie nach gem. Recht, an sich veräußert und belastet werden, vgl. auch § 857 Abs. 6 C.P.O. Die Regel erfährt jedoch, diesen Bestimmungen entsprechend, eine Ausnahme, sofern der Anspruch auf die einzelne Leistung an die Person des Berechtigten gebunden ist, eine Übertragung auf einen anderen unter Ausscheiden des Berechtigten nicht zuläßt (§ 1111 Abs. 2), z. B. bei einzelnen Altenteilspräſtationen (Ob.Trib. 4 S. 23, 48 S. 134).

c) Der Inhalt des Rechts geht nicht auf eine einmalige Leistung (K.G. Joh. 20 S. 91), sondern auf regelmäßig oder unregelmäßig (R.G. R. 01 S. 386) wiederkehrende, von Zeit zu Zeit sich wiederholende Leistungen aus dem belasteten Grundstück, die in einer bestimmten Geldsumme bestehen können, aber abweichend von den §§ 1113, 1191, 1199 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) nicht notwendig in einer solchen bestehen müssen (vgl. noch § 857 Abs. 6 C.P.O.)[1]. Die Rentenschuld setzt außerdem regelmäßig wiederkehrende Termine voraus (§ 1199), während die Dienstbarkeiten überhaupt nicht auf eine dare oder facere, sondern im wesentlichen auf ein bloßes Dulden oder Unterlassen gerichtet sind. Statthaft ist auch die Begründung einer Reallast auf Zeit (K.G. R. 01 S. 435).

1. Wie die Reallast als Ganzes eine dingliche Belastung darstellt[2]), so hat auch der Anspruch auf die einzelne Leistung einen dinglichen Charakter; die laufenden und die rückständigen Beträge sind aus dem Grundstück zu entrichten (§§ 10 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 8 Abs. 2, 46, 47, 155 Abs. 2 Zw.G.). Auf die einzelnen Präſtationen finden deshalb wie nach § 1200 auf die einzelnen Rentenbeträge die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften, z. B. §§ 197,

[1]) Die einzelnen Leistungen einer im Grundbuch zu verzeichnenden Reallast brauchen nicht mit einem ziffermäßig bestimmten Geldbetrag in das Grundbuch eingetragen zu werden; jedoch muß nach dem Grundsatz der Spezialität der Inhalt der Reallast in der Eintragungsbewilligung soweit realisiert werden, daß die in Betracht kommende Höchstbelastung in einen Geldbetrag umgewandelt werden kann (K.G. Joh. 22 S. 304).

[2]) Vgl. §§ 24, 25, 325 Abs. 3, 857 Abs. 6 C.P.O.

223 Abs. 3, 1158, 1159, 1178, sinngemäße Anwendung (§ 1107); insbesondere ist die dingliche Klage gegen denjenigen statthaft, der zur Zeit ihrer Erhebung Grundstückseigentümer (vgl. noch § 1148) ist.

2. Eine persönliche Haftung des Eigentümers des belasteten Grundstücks, die bei Parzellierung desselben für die Eigentümer der einzelnen Parzellen eine solidarische ist [1]), tritt nur in Ansehung der während der Dauer seines Eigentums fällig (Ob.Trib. 26 S. 310) werdenden Leistungen ein. Hiernach haftet der Erwerber des belasteten Grundstücks für Rückstände nur mit diesem, nur dinglich, während eine persönliche Verpflichtung des Konstituenten der Reallast auch nur für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Prästationen, nicht für solche anzuerkennen ist, deren Fälligkeit in die Eigentumszeit seiner Nachfolger fällt (Ob.Trib. 53 S. 493, St.A. 71 S. 1).

Ob Miteigentümer persönlich nur anteilsweise oder als Gesamtschuldner haften, ist nach den §§ 420, 421, 427, 431 zu entscheiden.

Die persönliche Haftung des Eigentümers, die auch ausgeschlossen und eingeschränkt werden kann, wird durch die Veräußerung des Grundstücks nicht berührt (§ 1108).

II. Parzellierung des Grundstücks des Berechtigten.

Bei einer Zerstückelung des berechtigten Grundstücks hat man zu unterscheiden, ob die Reallast

a) ausschließlich einer Parzelle desselben zum Vorteile gereicht, z. B. in der Verpflichtung zur Räumung eines auf diesem Teile befindlichen, lediglich diesem Teile dienenden Grabens besteht, alsdann verbleibt sie mit dieser Parzelle allein verbunden; den übrigen Teilen steht das Recht nicht mehr zu, für sie erlischt es,

b) einer solchen ausschließlichen örtlichen Beziehung zu einem Teile des herrschenden Grundstücks ermangelt. Hier entscheidet über die Zugehörigkeit der Reallastberechtigung zu dieser oder jener Parzelle zunächst der Wille des Berechtigten. Derselbe erhellt

entweder aus einer Bestimmung des Berechtigten, welche, um wirk-

[1]) Die Vorschriften, nach welchen im Falle der Teilung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Teile des Grundstücks verteilt wird, z. B. § 93 Pr. Ablösungs-G. v. 2. 3. 50, § 29 Pr. G. v. 12. 4. 88, bleiben gemäß Art. 31 A.G. in Kraft. Die Verteilung ist bei der Auseinandersetzungsbehörde zu beantragen (Art. 113 E.G.).

sam zu sein, dem Grundbuchamt gegenüber zu erfolgen hat und der Eintragung in das Grundbuch bedarf, wobei die §§ 876, 878 entsprechende Anwendung finden,

oder stillschweigend aus der Veräußerung eines Teils des Grundstücks unter Zurückbehaltung einer Parzelle; dann verbleibt die Reallast mangels abweichender Bestimmung bei dem zurückbehaltenen Restgrundstück.

Konstiert der Wille des Berechtigten nicht — die Beweislast für seine rechtswirksame Existenz trifft denjenigen, der sich darauf beruft —, so besteht die Reallast für die einzelnen Grundstücksparzellen fort. Hinsichtlich des Umfangs der Berechtigung aber kommt es darauf an, ob die Leistung

entweder teilbar ist; dann bestimmen sich die Anteile der Parzelleneigentümer nach dem Größenverhältnis der Trennstücke,

oder unteilbar; alsdann tritt eine nach § 432 zu beurteilende gemeinschaftliche Berechtigung der Parzelleneigentümer ein.

Ohne Rücksicht hierauf ist jedoch die Ausübung der Reallast, wie nach § 1025 die der Grundgerechtigkeit, durch die mehreren Berechtigten im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Verpflichteten nicht beschwerlicher wird; die Parzellierung darf ihm mithin in der Regel nicht zum Nachteil gereichen (§ 1109).

III. Erlöschen [1]).

a) Die Ausschließung des unbekannten Berechtigten findet (§ 1112) unter entsprechender Anwendung des § 1104 (Vorkaufsrecht) statt (vgl. oben § 77 III).

b) Die Reallast erlischt im Zwangsversteigerungsverfahren wie der Nießbrauch (vgl. oben § 76 II d 1 β) nur nach Maßgabe der §§ 52 Abs. 1, 59 ff., 91, 92 (Surrogationsprinzip), 121 Zw.G. (§ 9 E.G. hierzu) [2]); vgl. noch §§ 50, 51 Zw.G.

IV. Über den **Altenteil** vgl. Art. 96 E.G. [3]).

---

[1]) Vgl. noch Art. 120 Abs. 2 E.G.

[2]) Vgl. noch Art. 6 Abs. 2 ff. A.G. z. Zw.G.

[3]) Der Leibgedingsvertrag (Leibzuchts-, Altenteils-, Auszugs-, Ausgedingevertrag) ist inhalts des Art. 15 § 1 A.G. darauf gerichtet, dem Berechtigten ein dingliches Recht (R.G. 43 S. 346 ff.) auf die in dem Vertrage vereinbarten Leistungen und Vorteile zu bestellen, und zwar mit dem beim Vertragsschlusse möglichen Range. Zur

§ 79.

Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld. (§§ 1113 bis 1203; Art. 192 ff. E.G.)[1].

I. Begriff.

Die Hypothek und Grundschuld sind die beiden Rechtsformen, in welchen der Realkredit für den Grundbesitz sich betätigt.

Beide stellen die dingliche Belastung eines Grundstücks in Höhe einer bestimmten Geldsumme dar, sie gewähren dem Gläubiger die Befugnis, seine Befriedigung aus dem verhafteten Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung zu suchen (§§ 1113, 1191). Sie unterscheiden sich von einander dadurch, daß die Hypothek zur Befriedigung wegen eines dem Gläubiger zustehenden persönlichen Anspruchs bestellt wird, mithin einen akzessorischen Charakter besitzt (R.G. 3 S. 268, 7 S. 219), während die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt, auch wenn sie zur Sicherheit für eine solche dient, was zulässig ist, unabhängig von ihr, ihre Selbständigkeit bewahrt, so daß sie als abstraktes Recht ihren Zweck lediglich in sich

---

Begründung dieses Realrechts, welches je nach der Beschaffenheit der Leistung oder der dem Berechtigten zugestandenen Befugnisse den Charakter einer Reallast oder persönlichen Dienstbarkeit hat, gehört gemäß § 873 außer der Einigung auch die Eintragung in das Grundbuch.

[1]) Nach Art. 33 A.G. gilt eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (vgl. Art. 186 E.G.), bestehende Hypothek (R.G. 54 S. 84) von dieser Zeit an als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, also als Briefhypothek, wenn über sie nach den geltenden Vorschriften ein Hypothekenbrief gebildet oder beispielsweise gemäß § 129 Abs. 2 Pr. Gr.O. v. 5. 5. 72 zu bilden ist. Ein vor der bezeichneten Zeit gebildeter Hypothekenbrief gilt als Hypothekenbrief im Sinne der Reichsgesetze. Diese Vorschriften finden jedoch auf Kautionshypotheken keine Anwendung. Dagegen steht im ursprünglichen Geltungsbereiche der erwähnten Grundbuchordnung, sowie in einzelnen weiter genannten Gebietsteilen ein vor dem 1. Oktober 1872 gebildetes Hypothekeninstrument einem später gebildeten Hypothekenbriefe gleich. Die nach den Vorschriften des rhein. Rechts begründeten Privilegien und Hypotheken, die zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nicht durch Einschreibung im Hypothekenregister oder durch Eintragung im Grundbuch wirksam geworden sind — die registrierten und eingetragenen gelten nach der Regel als Hypotheken neuen Rechts —, verwandeln sich in persönliche Ansprüche auf Bestellung einer Sicherungshypothek, soweit nicht im Art. 56 § 9 A.G. für die gesetzliche Hypothek der Ehefrau ein anderes bestimmt ist. Gerichtliche Hypotheken dieser Art, also nicht eingeschriebene, die vor der angegebenen Zeit entstanden sind, erlöschen, unbeschadet der dem Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels nach den reichsgesetzlichen Vorschriften (vgl. §§ 866, 867 C.P.O.) zustehenden Befugnisse.

selbst trägt. Das Recht des Grundschuldgläubigers wird deshalb in keiner Weise dadurch berührt, daß die ihm etwa zugrunde liegende Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist oder erlischt; vielmehr steht dem Eigentümer gegebenenfalls nur ein persönlicher Kondiktionsanspruch aus den §§ 812 ff. gegen den Grundschuldgläubiger zu.

Hiernach ist Hypothek diejenige objektiv dingliche Belastung eines Grundstücks, inhalts welcher an den Berechtigten eine Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu entrichten ist, während die Grundschuld eine solche Forderung nicht voraussetzt.

Die Rentenschuld ist nur eine Unterart der Grundschuld und von dieser lediglich dadurch unterschieden, daß die bestimmte Geldsumme in regelmäßig wiederkehrenden Terminen aus dem belasteten Grundstück zu zahlen ist, so daß dem Berechtigten nicht der Anspruch auf ein Kapital, sondern auf eine dauernde Rente gebührt. Die Rentenschuld ist mithin von dem ihr etwa zugrunde liegenden Schuldverhältnis ebenso wie die Grundschuld unabhängig.

Auf die Grundschuld (Rentenschuld) finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus der Unabhängigkeit der Grundschuld (Rentenschuld) von einer Forderung ein anderes ergibt (§§ 1192, 1199)[1].

Das Nähere über das Wesen des hypothekarischen Rechts ist aus den einzelnen Erfordernissen ersichtlich.

a) Gegenstand der Hypothek (Grundschuld) kann nur ein Grundstück, auch ein Erbbaurecht (§ 1017 Abs. 1)[2], oder eine Grundstücksparzelle unter Abschreibung von dem Grundstück und Eintragung als selbständiges Grundstück (§ 6 Gr.O.), nicht aber eine bewegliche Sache sein. Die Quotenbelastung ist wie inhalts der §§ 1095, 1106 nur in Ansehung des grundbuchmäßig feststehenden (R.G. Joh. 20 S. 304, R. 02 S. 293) Anteils eines Miteigentümers statthaft (§§ 1008 ff.; Joh. 6 S. 116, 8 S. 85), so daß weder dieser noch der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Rechts zu belasten vermag[3]) (§ 1114). Vgl. auch § 864 Abs. 2 C.P.O. (R.G. 20 S. 270 ff.; R.G. R. 02 S. 347). Die von einem Miterben während der Rechtsgemeinschaft bestellte Anteilshypothek

[1]) Vgl. Art. 35 A.G.

[2]) Vgl. Art. 63, 68 E.G.

[3]) Dies gilt auch, wenn bei der Zwangsversteigerung eines Bruchteils der andere Miteigentümer Ersteher ist, für die Eintragung der Sicherungshypotheken nach §§ 128, 130 Zw.G. (R.G. R. d. O.L. 6 S. 439, R. 03 S. 340, S. 397).

(§§ 2032, 2033), deren Eintragung unzulässig ist, kann Rechtsbeständigkeit nur dadurch erlangen, daß der Besteller bei der Auseinandersetzung die belastete Grundstücksquote, nicht aber, was nach bisherigem Rechte genügt, das ganze Grundstück erhält (Ob.Trib. 80 S. 78; R.G. 9 S. 272 ff., 16 S. 253). Der Gläubiger eines eingetragenen Miterben ist nicht befugt, im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes eine Hypothek auf dem Anteile des Schuldners an einem Nachlaßgrundstücke eintragen zu lassen. Unzulässig ist hiernach auch die Eintragung einer Hypothek auf den Anteil des einzelnen Gesellschafters an dem zum Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft gehörenden Grundstücke (K.G. R. 02 S. 617, Joh. 24 S. 126).

b) Gläubiger kann eine physische oder juristische Person sein, nicht z. B. eine Konkursmasse oder Polizeibehörde, die keine Rechtssubjekte sind. Die dem früher geltenden Rechte unbekannte Inhaberhypothek ist ausnahmsweise in den §§ 1187 ff. für die Forderung aus einer Inhaberschuldverschreibung als Sicherungshypothek zugelassen. Die Bestellung einer Grundschuld (Rentenschuld) durch Ausstellung des Grundschuldbriefs auf den Inhaber findet ohne jede Beschränkung statt (§ 1195); auf einen solchen Brief sind die Vorschriften über Inhaberschuldverschreibungen, z. B. §§ 793 ff., entsprechend anwendbar, so daß für die Ausgabe staatliche Genehmigung erforderlich erscheint; vgl. noch §§ 51 Abs. 2, 59 Abs. 2, 70 Abs. 2 Gr.O. Eine Grundschuld, nicht aber eine Hypothek kann auch von vornherein für den Eigentümer selbst eingetragen werden (§ 1196); doch steht auch die Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger (§ 1117), also mit dieser zeitlichen Schranke, formell dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 2).

c) Die Hypothek (Grundschuld) kann nur auf eine bestimmte Geldsumme[1]), nicht auf einen unbestimmten Betrag oder eine andere Leistung lauten (§§ 1113, 1191, 1199), auch nicht alternativ auf einen anderen Gegenstand als Geld (K.G. Joh. 25 S. 150, R. 03 S. 181).

d) Die Hypothek, aber nicht die Grundschuld, setzt eine die persönliche Haftung bedingende Forderung des Gläubigers voraus (K.G. Joh. 21 S. 139); vgl. §§ 1137, 1153. Diese Forderung kann auch eine künftige oder bedingte sein; sie kann aus jedem beliebigen Rechtsgrunde (K.G. Joh. 22 S. 309, R. 02 S. 509, S. 554), z. B. auch aus einem abstrakten Schuldversprechen (§ 780), herrühren; für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber,

[1]) Vgl. jedoch § 1190.

aus einem Wechsel oder einem durch Indossament übertragbaren Papiere kann aber nur eine Sicherungshypothek bestellt werden (§ 1187). Auch die Substituierung einer anderen Forderung an Stelle der eingetragenen, z. B. Kaufgeld statt Darlehn, ist nach Maßgabe des § 1180 zulässig. Deshalb ist auch eine Eintragung statthaft, wonach eine bereits eingetragene Hypothek, die für eine nur dem Höchstbetrage nach bestimmte Forderung besteht, an zweiter Stelle auch für die Forderung eines anderen Gläubigers haften soll (K.G. R. 01 S. 535, 536). Der Gläubiger der für eine künftige Forderung bestellten Hypothek erlangt erst mit der Entstehung der Forderung ein materielles Hypothekenrecht (R.G. 51 S. 43, R. 03 S. 128).

1. Gelangt die gesicherte Forderung tatsächlich gar nicht zur Entstehung, so bleibt die dingliche Belastung, abweichend von dem bisherigen Rechte (St.A. 92 S. 3; K.G. Joh. 3 S. 176; R.G. 3 S. 269, 44 S. 294 ff.) als Eigentümergrundschuld ex tunc bestehen (§§ 1163, 1177 Abs. 1), während bei nachträglichem Erlöschen der Forderung der Eigentümer erst von diesem Momente ab die Hypothek erwirbt; dieselbe verwandelt sich auch hier in eine Grundschuld [1]. Voraussetzung für das Erlöschen der Forderung ist, daß der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, zugleich persönlicher Schuldner ist.

2. Um der Hypothek ihre Funktion als Form des Realkredits, als Verkehrsgegenstand, vollständig zu wahren, ist der Schutz des öffentlichen Glaubens (publica fides) des Grundbuchs, für die Hypothek (actio hypothecaria) noch auf die persönliche Forderung und die dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden ausgedehnt worden (§ 1138), vgl. auch noch § 1157. Hiernach hat der dinglich klagende Gläubiger, gestützt auf die Rechtsvermutung des § 891, die Forderung nicht zu beweisen (R.G. 49 S. 8) und die Einreden, z. B. aus den §§ 821, 853, ebenso wie die den Bestand der Forderung beseitigenden Einwendungen, z. B. der Zahlung, nur nach Maßgabe der §§ 892, 893, 1140 gegen sich gelten zu lassen.

Bestimmt sich dagegen das Gläubigerrecht nur nach der For-

---

[1]) Die Eigentümergrundschuld, auch in Ansehung der durch Amortisationsbeiträge getilgten Teile der Hypothek, kann in eine Hypothek, z. B. für ein Darlehn, rückverwandelt und als solche abgetreten werden.

Eine Eigentümerhypothek entsteht, wenn der Grundstückseigentümer, der den Gläubiger befriedigt, nicht auch zugleich der persönliche Schuldner ist (§ 1143). Eine bereits unter dem alten Recht entstandene Eigentümerhypothek bleibt es auch (K.G. Joh. 21 S. 161).

berung, ohne daß der Gläubiger zu ihrem Beweise sich auf die Eintragung berufen kann, so liegt nur eine Sicherungshypothek vor, welche als solche im Grundbuch bezeichnet werden muß (§ 1184)[1]).

II. Begründung[2]).

a) Die rechtsgeschäftliche Begründung des Hypotheken-(Grundschuld)rechts vollzieht sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 873 ff. durch die Einigung des Eigentümers und Gläubigers über die Bestellung des Rechts (vgl. jedoch § 1196) und die Eintragung desselben ins Grundbuch (vgl. dagegen § 1287; § 848 C.P.O.). Letztere hat ohne den Nachweis des dinglichen Vertrags zufolge bloßer rechtsgeschäftlicher (R.G. 54 S. 384) Eintragungsbewilligung (§§ 894 ff. C.P.O.) des Eigentümers (§§ 19, 28 ff., 40, 41 Gr.O.) auf seinen oder des Gläubigers Antrag (§§ 13 ff. das.) zu geschehen. Der Gläubiger erwirbt aber die Brief- (nicht Buch-) Hypothek (Grundschuld) erst mit der Übergabe des Briefes seitens des Grundstückseigentümers (R.G. 52 S. 360 ff., R. 03 S. 80, S. 157, J.W. Beil. 02 S. 277; K.G. Joh. 22 S. 310), dem sie bis dahin formell zusteht (§ 1163 Abs. 2, 1177). Auf diese Übergabe finden die §§ 929 Satz 2, 930, 931 Anwendung, so daß z. B. auch ein constit. poss. genügt; sie wird ersetzt durch die formlos wirksame Vereinbarung (K.G. Joh. 25 S. 153)[3]) über seine, des Gläubigers, Berechtigung, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (K.G. Joh. 25 S. 153); befindet Gläubiger sich im Besitze des Briefes, so wird die erfolgte Übergabe bis zum Gegenbeweise (§ 292 C.P.O.) vermutet (§ 1117). Der Gläubiger, der auf Bestellung einer Hypothek klagt, wird auch die Bewilligung in die Aushändigung des Briefes an ihn (K.G. Joh. 21 S. 171) fordern müssen (§ 894 C.P.O.), um die Ausantwortung an den Besteller zu verhindern (§ 897 Abs. 2 das.). Mit der Übergabe des Briefes geht die Post ohne weiteres, insbesondere ohne neue Übertragung auf den Gläubiger über.

b) Die dingliche Belastung entsteht aber auch, wenn die Eintragung entweder auf das die Einwilligung und den Antrag, nicht aber die sonstigen Voraussetzungen der Eintragung ersetzende Ersuchen[4])

---

[1]) Vgl. §§ 1187, 1190, 1287; §§ 128 ff., 134 Zw G.; § 848 C.P.O.

[2]) Vgl. Art. 60 (Revenuenhypothek), 117, 118, 184, 188 ff., 192 ff. E.G.

[3]) Dem Grundbuchamt gegenüber genügt die einseitige Bestimmung des Eigentümers, bei nachträglicher Erteilung des Briefes die des Gläubigers; für solche abweichende Bestimmung gilt jedoch die Formvorschrift des § 29 Satz 1 Gr.O.

[4]) Vgl. Art. 9 A.G. z. Gr.O.

einer zuständigen Behörde, z. B. nach § 941 C.P.O.; §§ 130, 134 Zw.G.; § 54 R.G. F.G., gemäß § 39 Gr.O. oder auf Grund eines auf Zahlung gerichteten vollstreckbaren Schuldtitels nach Maßgabe der §§ 866 ff., 932 C.P.O. (Zwangssicherungshypothek) erfolgt.

c) Bei der Eintragung ist unerläßlich (§ 1115 Abs. 1) die Angabe

1. des Gläubigers (K.G. R. 02 S. 396), dessen individuelle Benennung (K.G. Joh. 23 S. 127), von der Inhaberhypothek und Grundschuld (Rentenschuld) abgesehen, die Regel bildet, ohne jedoch eine Kollektivbezeichnung für eine Mehrheit von Gläubigern auszuschließen (K.G. Joh. 2 S. 126, 4 S. 184, 5 S. 158, 6 S. 98, 25 S. 151) — die Eintragung für einen Einzelkaufmann unter seiner Firma ist deshalb unzulässig (K.G. R. d. O.L. 6 S. 504, R. 03 S. 148, S. 361), die eines Vertreters für den jeweiligen Gläubiger einer Hypothek der im § 1187 bezeichneten Art kann gemäß § 1189 erfolgen —,

2. des Geldbetrags (§ 28 Gr.O.), für den, bzw. inhalts des § 1190 bis zu dem, das Grundstück haftet; die Bestimmung nach kurshabenden Pfandbriefen, z. B. der Preuß. Bodenkreditaktienbank genügt nicht (K.G. Joh. 3 S. 175, 6 S. 172), die ohne Bezeichnung des Geldbetrags bewirkte Eintragung entbehrt jeder rechtlichen Bedeutung (St.A. 96 S. 264; R.G. 20 S. 223),

3. des Zinssatzes und des Geldbetrags der zu entrichtenden Nebenleistungen, z. B. der außer und neben dem Kapital (K.G. J.M.Bl. S. 216 ff., Joh. 24 S. 246) bedungenen Provisionsbeträge, sowie der Strafgelder (K.G. R. 02 S. 207, S. 531, Joh. 20 S. 198) für versäumte Amortisationszahlungen, sofern das dingliche Recht sich auch auf Zinsen — für die gesetzlichen, insbesondere Verzugszinsen[1]), haftet das Grundstück allerdings auch ohne Eintragungsvermerk (§ 1118) — und solche Nebenleistungen erstrecken soll[2]). Ausnahmsweise genügt (§ 1115 Abs. 2) bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehn einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht wurde, zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung (K.G. Joh. 21 S. 144, 22 S. 169, 23 S. 143). Indessen wird ein zur Ausgleichung der Differenz zwischen dem Kurs- und Nennwerte der für das Darlehn der Kreditanstalt auszugebenden Pfandbriefe bewilligtes Zuschußdarlehn als ein selbständiges, von der

[1]) Vgl. § 1146.

[2]) Vgl. §§ 10 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 8, 13, 155 Zw.G.

Pfandbriefschuld unabhängiges Darlehn zu behandeln sein (R.G. 20 S. 224). Die als Zinsenzuschläge behufs Kapitalstilgung zu zahlenden Amortisationsbeiträge sind keine Nebenleistungen (R.G. 54 S. 88 ff., J.W. Beil. 03 S. 62); ihre Eintragung ist also nicht erforderlich.

Nicht notwendig (R.G. 14 S. 274 ff.), aber auch nicht ausgeschlossen ist die Eintragung der Zahlungszeit, des Zahlungsorts, der Kündigungsbedingungen[1]), auch die Vereinbarung ist eintragungsfähig, daß die Rückzahlung in Reichsgoldmünzen erfolgen soll (Joh. 7 S. 117 ff., 9 S. 79, 14 S. 138, 25 S. 156; R.G. J.W. 02 S. 123, R. 02 S. 208; K.G. R. 02 S. 613, 03 S. 149; vgl. jedoch Joh. 21 S. 322; R.G. 50 S. 145); doch kann (§ 1115 Abs. 1) in Ansehung dieser Punkte, sowie überhaupt der Bezeichnung der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung zum Ersatz der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden[2]) (K.G. Joh. 21 S. 142, 23 S. 238, 24 S. 127; R.G. J.W. 02 S. 124, Beil. 03 S. 61, R. 02 S. 208, 50 S. 150 ff.). Mangels solcher Bezugnahme kommen rücksichtlich der Hypothek die für die unterliegende causa geltenden Vorschriften, z. B. §§ 242, 247, 269, 270, 271, 609, zur Anwendung, während hinsichtlich der Grundschuld die §§ 1193, 1194, 1202 entscheidend sind.

Zu einer Änderung der Zahlungszeit oder des Zahlungsorts ist die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich (§ 1119 Abs. 2).

Unzulässig ist die Eintragung der im voraus getroffenen Vereinbarung über die Verzinsung rückständiger Darlehnszinsen in das Grundbuch auch dann, wenn die Vereinbarung nach § 248 Abs. 2 an sich gültig ist.

d) Der Grundstückseigentümer kann sich in einer nach § 794 Nr. 5 C.P.O. aufgenommenen Urkunde in Ansehung einer Hypothek (Grundschuld oder Rentenschuld) der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Die Unterwerfung bedarf der Eintragung in das Grundbuch (K.G. R. 02 S. 347, S. 531) dann, wenn sie in der Weise erfolgt, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig sein soll (§ 800 das.).

---

[1]) Vgl. Art. 117 Abs. 2 E.G.; nach Art. 32 A.G. kann das Kündigungsrecht des Eigentümers nur soweit ausgeschlossen werden, daß der Eigentümer nach 20 Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist kündigen kann.

[2]) Vgl. §§ 874, 885 Abs. 2; § 50 Gr.O.

III. Hypotheken- (Grundschuld-, Rentenschuld-) Brief.

a) Die Wirksamkeit der dinglichen Belastung hängt von der Erteilung einer über dieselbe lautenden Urkunde nicht ab. Da eine solche jedoch die Übertragung des Rechts erleichtert und seine Verkehrsfähigkeit ermöglicht, so bildet die Erteilung eines Briefes, dessen formelle Gestaltung aus den §§ 56 ff. Gr.O. erhellt, sowohl für die Hypothek wie für die Grundschuld (Rentenschuld) die Regel; vgl. jedoch § 1185 Abs. 1 (Sicherungshypothek). Die Erteilung unterbleibt nur, wenn sie von vornherein oder nachträglich ausgeschlossen wird. Diese Ausschließung, welche mithin auch in Ansehung der Grundschuld zulässig ist, erfordert zu ihrer Wirksamkeit ein Doppeltes:

1. die Einigung des Gläubigers und Eigentümers, also einen dinglichen Vertrag über die Ausschließung,

2. die Eintragung in das Grundbuch;

die §§ 873 Abs. 2, 876, 878 finden hierbei entsprechende Anwendung.

Des Nachweises der Einigung über die Ausschließung bedarf es für die Eintragung der Buchhypothek nicht (§ 19 Gr.O.); dem Grundbuchamte gegenüber reicht auch hier die formelle Bewilligung aus. Bei der Verurteilung zur Bestellung einer Hypothek wird ein Brief zu bilden sein (R.G. Joh. 21 S. 171), wenn nicht das Urteil auf Eintragung einer Buchhypothek lautet (§§ 894, 897 Abs. 2 C.P.O.).

In gleicher Weise kann die Ausschließung wieder aufgehoben werden; die Aufhebung hat die Erteilung des Briefes zur Folge (§ 1116).

Man unterscheidet hiernach

α) die Briefhypothek (Grundschuld),

β) die Buchhypothek (Grundschuld).

Im Falle der Teilung einer Briefhypothek (§§ 1152, 1145, 1192) ist die Bildung eines Teilhypothekenbriefes (§ 61 Gr.O.) zulässig[1]), aber nicht notwendig (R.G. Joh. 21 S. 330), nur bei der Zerlegung einer Inhabergrundschuld (Rentenschuld) in Teile ist über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen (§§ 70 Abs. 2, 51 Abs. 2 Gr.O.).

b) Die materielle Bedeutung der Erteilung des Briefes ergibt sich insbesondere aus den §§ 1117, 1139, 1140, 1144, 1154, 1155, 1160, 1163 Abs. 2, 1195, die formelle aus den §§ 42, 43, 54, 62 ff., 70 Gr.O. Als Wertpapier ist der Hypothekenbrief trotz der §§ 1818, 1819 nicht zu erachten.

---

[1]) Wegen Erteilung eines gemeinschaftl. Hypothekenbriefs vgl. R.G. R. 03 S. 398.

c) Das Eigentum an dem Briefe steht dem Gläubiger zu; das Recht eines Dritten, z. B. Pfandgläubigers, an der Post erstreckt sich auf den Brief (§ 952 Abs. 2).

IV. Umfang.

a) Wofür haftet das belastete Grundstück?

Das dingliche Recht erstreckt sich

1. auf die im Eintragungsvermerk angegebenen und rechtswirksamen in bezug genommenen Beträge,

2. auf die nachträglich grundbuchmäßig (K.G. R.03 S.396) erhöhten Zinsen; die Erhöhung des Zinssatzes bis zu fünf vom Hundert bedarf, wenn dieser niedriger oder das Kapital unverzinslich war, der Zustimmung der im Range gleich oder nachstehenden Berechtigten nicht (§ 1119 Abs. 1); diese Zustimmung ist auch nicht erforderlich, wenn die Erhöhung des Zinssatzes in der Weise an die Stelle der Verpflichtung zur Entrichtung anderer Leistungen tritt, daß die bisherige Belastung des Grundstücks nicht erweitert wird (K.G. Joh. 24 S. 130, R. 02 S. 531),

3. auf folgende Akzessorien ohne Eintragung (§ 1118), nämlich

α) auf die gesetzlichen Zinsen, insbesondere die Verzugszinsen (R.G. 16 S. 184),

β) auf die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück (R.G. 1 S. 105 ff.) bezweckenden Rechtsverfolgung [1]), insbesondere auch die gerichtlichen und nach Maßgabe des § 91 C.P.O. die außergerichtlichen für die Einleitung der Zwangsversteigerung oder Verwaltung und den Beitritt, sowie die der Liquidation der auf das Recht entfallenden Beträge, z. B. der Kaufgelder (Ob.Trib. 74 S. 144; R.G. 22 S. 322 ff.).

Soweit die Eintragung für die dingliche Haftung nicht erforderlich ist, ist sie auch nicht statthaft.

Abgelehnt ist die Erstreckung des dinglichen Rechts auf die Kosten der Eintragung; vgl. jedoch z. B. § 867 Abs. 1 C.P.O. (Zwangssicherungshypothek).

b) Wie weit haftet das belastete Grundstück?

Dem dinglichen Rechte des Gläubigers [2]) unterliegen außer dem belasteten Grundstück, wozu auch die stehenden und hängenden Früchte, sowie die mit dem Eigentum verbundenen (subjektiv

---

[1]) Vgl. §§ 10 Abs. 2, 12 Nr. 1, 155 Zw.G.

[2]) Vgl. §§ 20 Abs. 2, 21 ff., 148 Zw.G.; §§ 810, 865 C.P.O.

dinglichen) Rechte, z. B. Grunddienstbarkeiten, Reallasten (§§ 1018, 1105 Abs. 2), gehören,

1. die von dem Grundstücke bereits getrennten, abgesonderten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile (§§ 93 bis 96, 946, 953), soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines andern als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind, z. B. in das eines Nießbrauchers oder Pächters,

2. das Zubehör des Grundstücks (§§ 97, 98) mit Ausnahme der während der Dauer der dinglichen Belastung nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangten, also während dieser ganzen Zeit ihm nicht gehörigen Pertinenzen[1]), so daß Zubehörstücke, die z. B. im Eigentum des Eigenbesitzers oder Pächters des Grundstücks stehen, nicht mitverhypothekiert sind[2]).

Die unter 1 und 2 genannten Gegenstände werden von ihrer dinglichen Haftung frei (§§ 1121, 1122):

α) wenn sie vor der zugunsten des Gläubigers erfolgten Beschlagnahme (§ 1134 Abs. 2; § 865 C.P.O.; §§ 20 ff., 27, 146, 148, 151 Zw.G.) veräußert und von dem Grundstück entfernt werden (§ 1121 Abs. 1), beide Momente, Veräußerung und Entfernung, vor der Beschlagnahme liegen.

αα) Geht die Entfernung, die Aufhebung der räumlichen Beziehung zum Grundstück, der Veräußerung voran, findet also diese erst nach jener statt, so entscheiden die allgemeinen Vorschriften, insbesondere §§ 929 ff., 936, ob und wann der Erwerber das Eigentum erlangt und das hypothekarische Recht ihm gegenüber erlischt; sein guter Glaube findet mithin Schutz.

ββ) Folgt dagegen die Entfernung der Veräußerung nach, geht also diese jener voraus, so kann sich der Erwerber vor der Entfernung dem Gläubiger gegenüber auf seine Unkenntnis des Bestehens der dinglichen Belastung, auf seinen guten Glauben (bona fides) in Ansehung derselben und damit auf ihr Erlöschen infolge der Veräußerung (§ 936) nicht berufen; die Beschlagnahme ergreift also

---

[1]) Trotzdem kann sich die Versteigerung des Grundstücks auch auf solche Zubehörstücke erstrecken (§ 55 Abs. 2 Zw.G.)

[2]) Dem Hypothekengläubiger stehen gegen die Pfändung ihm haftender Zubehörstücke sowohl die Rechtsbehelfe aus § 766 C.P.O. wie auch die Widerspruchsklage aus § 771 daselbst zu Gebote (R.G. J.W. 03 S. 315).

auch die schon veräußerten, aber noch nicht entfernten Gegenstände. Doch erweist sich das Recht des Erwerbers des Zubehörs und der abgesonderten Bestandteile stärker als das des Gläubigers, wenn ersterer zwar erst nach der Beschlagnahme, jedoch in Unkenntnis derselben den erworbenen Gegenstand entfernt. Der Gläubiger, der die Entfernung nicht gelten lassen will und deshalb die Fortdauer der Haftung behauptet, muß seinerseits dartun, daß die Beschlagnahme dem Erwerber bei der Entfernung bereits bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war (§ 1121 Abs. 2), auch die Beschlagnahme sichert also den Gläubiger dem bei der Entfernung gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht; vgl. jedoch § 23 Zw.G.,

β) wenn die räumliche Verbindung mit dem belasteten Grundstück ohne Veräußerung gelöst wird und zwar in der Weise, daß entweder die Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (vgl. § 24 Zw.G.), also nicht behufs Devastation, von dem Grundstück getrennt und noch vor der Beschlagnahme von demselben entfernt werden, es sei denn, daß die Entfernung — den Ausnahmefall hat der Gläubiger darzutun — bloß zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt,
oder die Zubehöreigenschaft eines Pertinenzstückes innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, z. B. wegen Abnutzung und Erneuerung, ebenfalls noch vor der Beschlagnahme aufgehoben wird (§ 1122); solche Aufhebung wird jedoch auch hier durch eine bloß vorübergehende Trennung nicht erreicht (§ 97 Abs. 2). Vgl. noch § 1265 Abs. 2,

3. die ausstehenden Miet- und Pachtzinsforderungen[1]), wenn das Grundstück seitens des Eigentümers oder eines Dritten, z. B. eines Nießbrauchers, vermietet oder verpachtet ist (St.A. 98 S. 75), und zwar bis zum Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit; mit diesem Momente werden sie von der Haftung frei, wenn nicht vorher zugunsten des Gläubigers — die Beweislast hierfür trifft ihn — die Beschlagnahme[2]) (§ 1134 Abs. 2; § 865 C.P.O.; §§ 20, 22,

[1]) Vgl. §§ 21 Abs. 2, 148 Zw.G.

[2]) Die Beschlagnahme bei der Zwangsversteigerung umfaßt die Miet- und Pachtzinsforderungen sowie die Ansprüche aus subjektiv dinglichen Rechten auf wiederkehrende Leistungen nicht (§ 21 Abs. 2 Zw.G.); anders bei der Zwangsverwaltung (§ 148 das.). Zur Sicherung der Hypothekengläubiger hinsichtlich des Zugriffs auf die Mietzinsen ist im Konkurse des Grundstückseigentümers die Anordnung der Zwangsverwaltung durch einstweilige Verfügung zulässig (R.G. 52 S. 138, R. 03 S. 154).

146, 148, 151 Zw.G.) erfolgt. Die Befreiung erstreckt sich jedoch, wenn der Miet- oder Pachtzins ausnahmsweise (§§ 551, 584) nicht post- sondern praenumerando zu entrichten ist, nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr (§ 1123). Hatte z. B. ein Pächter den Pachtzins auf 3 Jahre im voraus zu zahlen und ein Hypothekengläubiger bringt im ersten Quartal des zweiten Jahres die Beschlagnahme wirksam aus, so würde ihm der Zins für das dritte und vierte Quartal des zweiten Jahres und für das dritte Jahr haften. Aber die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderungen schließt das Verfügungsrecht über dieselben, bevor ihre Beschlagnahme zugunsten des Immobiliargläubigers erfolgt, nicht aus. Die Verfügung ist diesem gegenüber wirksam, mag sie in der Einziehung des Zinses, oder in dem Erlaß, in der Veräußerung (Zession) oder Belastung, z. B. Verpfändung der Forderung, oder worin sonst bestehen, mag sie von dem Vermieter oder Verpächter rechtsgeschäftlich oder gegen ihn im Wege des Zwanges, z. B. durch Pfändung seitens eines persönlichen Gläubigers, bewirkt sein, mag sie sich auf fällige oder künftige Raten beziehen. Hieraus folgt:

α) Die Haftung der Miet- oder Pachtzinsforderung erlischt, das hypothekarische Recht an ihr hört auf, wenn die Verbindung zwischen ihr und dem Grundstück vor der Beschlagnahme gelöst wird, nämlich wenn entweder die Forderung auf einen Dritten rechtsgeschäftlich oder im Wege der Zwangsvollstreckung übertragen (zediert)
oder das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird.

β) Erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, z. B. Pfandrecht, Nießbrauch, so geht es der hypothekarischen Belastung im Range vor, so daß der Immobiliargläubiger die prioritätische Befriedigung des Dritten aus der Forderung gestatten muß (§ 1124 Abs. 1, 3).

Die freiwillige oder zwangsweise Verfügung ist jedoch — hierin allein liegt die Beschränkung des Verfügungsrechts — dem Immobiliargläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das im Moment der zu seinen Gunsten bewirkten Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht (§ 1124 Abs. 2). Zieht also z. B. Vermieter den Mietzins für ein ganzes Jahr ein, der Immobiliargläubiger bringt aber bereits im ersten Quartal eine dem Mieter gegen-

über wirksame Beschlagnahme aus, so hat er die Vorauserhebung des auf das dritte und vierte Quartal entfallenden Zinses nicht zu respektieren, der Mieter muß denselben nochmals entrichten (R.G. 24 S. 275, 25 S. 219 ff., 31 S. 317). Soweit die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses dem Immobiliargläubiger gegenüber hiernach unwirksam ist, kann der Mieter oder Pächter auch nicht eine ihm gegen den Vermieter oder Verpächter zustehende Forderung gegen den Gläubiger aufrechnen (§ 1125). Der Zwangsverwalter darf die den Gläubigern gegenüber unwirksamen Zahlungen, Zessionen und Verpfändungen nicht anerkennen (§ 152 Zw.G.). Vgl. noch § 1289 (Pfandrecht).

4. die dinglichen und persönlichen, aus einem mit dem Eigentum an dem belasteten Grundstück verbundenen (subjektiv dinglichen) publizistischen oder privaten Rechte auf wiederkehrende Leistungen (Hebungen), z. B. aus einer Reallast (§ 1105) herrührenden Ansprüche auf diese Leistungen. Soweit ein solcher Anspruch fällig ist, wird er wie die Miet- und Pachtzinsforderung mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Immobiliargläubigers erfolgt. Eine Verfügung über den Anspruch, insbesondere auch die Einziehung vor solcher Beschlagnahme, ist in gleicher Weise wie die über die Miet- oder Pachtzinsforderung dem Immobiliargläubiger gegenüber trotz seines dinglichen Rechts wirksam, — die Haftung erlischt also nur, wenn die Verfügung in der Übertragung (Zession) der Forderung auf einen Dritten besteht oder das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird, während das Recht an der Forderung, das ein Dritter durch die Verfügung erlangt, z. B. Pfandrecht, Nießbrauch, dem Rechte des Immobiliargläubigers im Range vorgeht, — unwirksam aber dann, wenn die Leistung erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird. Soweit hiernach die Einziehung des Anspruchs dem Immobiliargläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Drittschuldner gegen diesen eine ihm gegen den Grundstückseigentümer zustehende Forderung auch nicht aufrechnen (§ 1126). Die Unwirksamkeit geltend zu machen, ist auch der Zwangsverwalter befugt und verpflichtet (§ 152 Zw.G.),

5. die Forderung gegen den Versicherer, wenn dem Realrecht unterliegende Gegenstände, also nicht bloß Früchte, bewegliches Zubehör und Gebäude, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer (§ 872) des belasteten Grundstücks — die Person des Versicherten ist

hiernach erheblich, unerheblich dagegen, wer, ob dieser selbst oder ein Immobiliargläubiger, die Gegenstände unter Versicherung gebracht hat — gegen irgendwelche Gefahr, Feuers-, Explosionsgefahr, Hagelschäden usw. unter Versicherung genommen sind. Vgl. noch §§ 21 Abs. 1, 148 Abs. 1 Zw.G.

Doch erlischt die Haftung der Forderung aus der Versicherung, wenn der Immobiliargläubiger in integrum restituiert, d. h. der versicherte Gegenstand, z. B. ein abgebranntes Gebäude wiederhergestellt oder Ersatz für ihn, z. B. für ein durch Explosion beschädigtes Zubehörstück beschafft ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Wiederherstellung oder Ersatzbeschaffung statutenmäßig erfolgen mußte oder nicht. Aus der Natur des Gegenstandes der Versicherung ergeben sich aber verschiedene Besonderheiten (§§ 1127 bis 1130).

α) In Ansehung der Gebäudeversicherung hat man zu unterscheiden zwischen

$\alpha\alpha$) der Zahlung der Versicherungssumme an den Versicherten,

$\beta\beta$) der Vornahme anderer, die Forderung betreffender Rechtsakte.

$\alpha\alpha$) Der Gläubiger hat eine an den Versicherten geleistete Zahlung nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn

entweder ein Doppeltes vorliegt:

α_2) der Versicherer oder der Versicherte ihm den Eintritt des Schadens angezeigt hat; die Anzeige darf ausnahmsweise unterbleiben, wenn sie untunlich ist, insbesondere auch nach § 132 nicht erfolgen kann,

β_2) von dem Empfange der Anzeige, bei ihrer Untunlichkeit aber von der Fälligkeit der Versicherungssumme ab, ein Monat verstrichen ist; bis dahin kann der Gläubiger dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen und solche, von dem Ausnahmefall des § 1130 abgesehen, durch seinen Widerspruch auch über den kritischen Moment hinaus bis zum Erlöschen der Forderung, z. B. nach § 1127 Abs. 2, verhindern (§ 1128 Abs. 1),

oder wenn der Versicherer — dies gilt auch für die Versicherung eines anderen Gegenstandes als eines Gebäudes — nach den vertrags-, statutenmäßigen oder gesetzlichen Versicherungsbestimmungen lediglich verpflichtet ist, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen und die Zahlung diesen Bestimmungen

entspricht; ob der Versicherte den empfangenen Betrag auch wirklich dem Zwecke gemäß verwendet hat, kommt hierbei nicht in Betracht (§ 1130).

ββ) Im übrigen kommen die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften (§§ 1280 ff., 1273 ff.) zur Anwendung. Hiernach wird der Versicherer, um gegen den Immobiliargläubiger geschützt zu sein, eine Verfügung des Versicherten über den Anspruch aus der Versicherung, z. B. eine Zession oder Verpfändung, nur unter Berücksichtigung des Hypothekengläubigers zu respektieren haben, ohne dessen Zustimmung z. B. an einen Zessionar des Versicherten allein Zahlung nicht leisten, und auch gegenüber dem Versicherten keinerlei Maßregel zum Nachteil des Gläubigers über die Forderung aus der Versicherung treffen dürfen. Er kann sich hierbei nicht einmal darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche hypothekarische Belastung tatsächlich gar nicht gekannt habe, er muß vielmehr trotz seiner bona fides die Eintragung wider sich gelten lassen.

β) Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude, z. B. das Zubehör, versichert, so bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den §§ 1123 Abs. 2 Satz 1 und 1124 Abs. 1 und Abs. 3 (§ 1129).

Hiernach wird die Forderung, soweit sie fällig ist, mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit von der Haftung überhaupt frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Immobiliargläubigers erfolgt. Wird sie vor einer derartigen Beschlagnahme eingezogen oder in anderer Weise, z. B. durch Veräußerung oder Belastung, über sie verfügt, so ist die Verfügung dem Gläubiger gegenüber wirksam. Die Haftung erlischt aber infolge einer solchen Verfügung nur, wenn dieselbe in der Übertragung (Zession) der Forderung auf einen Dritten besteht oder das Grundstück ohne die Forderung veräußert, mithin die Verbindung zwischen dem Grundstück und der Forderung vollständig gelöst wird; erlangt ein Dritter durch die Verfügung ein Recht an der Forderung, z. B. Pfandrecht, Nießbrauch, so geht es dem hypothekarischen Recht im Range vor, so daß sich der Immobiliargläubiger trotz der Haftung die prioritätische Befriedigung des Berechtigten gefallen lassen muß.

Auch hier muß der Gläubiger eine aus den Versicherungsbedingungen sich ergebende ausschließliche Verpflichtung des Versicherers, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes

zu zahlen, und die entsprechende Zahlung als rechtsverbindlich anerkennen,

6. ein nach § 890 Abs. 2 als (nicht wesentlicher) Bestandteil dem belasteten (Stamm-) Grundstück zugeschriebenes Grundstück; jedoch gehen Rechte, mit denen die zugeschriebene Parzelle bereits belastet ist, Hypotheken und Grundschulden ebenso wie Reallasten und Dienstbarkeiten, den an dem Stammgrundstück bestehenden Hypotheken und Grundschulden im Range vor, so daß letztere aus dem zugeschriebenen Teile nur unter prioritätischer Berücksichtigung jener zur Zeit der Zuschreibung schon darauf ruhenden Lasten Befriedigung erlangen können (§ 1131).

V. Schutz[1]).

a) Die Sicherheit des Gläubigers kann durch eine Verschlechterung (R.G. 37 S. 357) des Grundstücks — ihr steht die Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung von Zubehörstücken, auf die sich die dingliche Belastung erstreckt, gleich[2]) — gefährdet werden (R.G. J.W. 02 S. 122, R. 02 S. 209).

1. Hat eine solche Verschlechterung, gleichgültig, ob zufällig oder beabsichtigt, ob mit oder ohne Verschulden, stattgefunden, z. B. bei Abbruch eines Hauses zum Zwecke des Neubaues (St.A. 95 S. 86) und ist infolgedessen die Sicherheit des Gläubigers gefährdet, worüber in concreto[3]) zu entscheiden ist, so kann der Gläubiger noch vor der Verfallzeit, insbesondere auch ohne Einhaltung der bestimmten Kündigungsfrist, bei einer nicht fälligen, unverzinslichen Forderung jedoch, abweichend von § 272 (§ 813 Abs. 2) nur unter Abzug des Interusuriums (§ 65 Abs. 2 K.O.; § 111 Zw.G.), seine Befriedigung aus dem Grundstück suchen; er ist jedoch nicht befugt, sofort die Klage (actio hypothecaria) anzustrengen, sondern muß dem Eigentümer vordem eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen (§§ 130 ff.). Der Eigentümer kann letztere innerhalb des modicum tempus

entweder durch Verbesserung des Grundstücks, z. B. Errichtung eines

---

[1]) Vgl. §§ 24, 25, 265, 266, 325 727 C.P.O.

[2]) Vgl. §§ 23 bis 25, 148, 149 Zw.G.

[3]) Die Gefährdung liegt jedenfalls nicht erst dann vor, wenn der Grundstückswert unter die durch den Stand der Hypothek (Grundschuld) bezeichnete Grenze herabsinkt oder in Zukunft herabsinken könnte (R.G. 37 S. 359).

Neubaues, Ersatz des Abgangs an Zubehörstücken, Umwandlung einer abgeholzten Parzelle in ergiebiges Ackerland,

oder durch anderweite Hypothekenbestellung

beseitigen — er ist hierfür beweispflichtig — und dadurch den Anspruch des Gläubigers abwenden (§ 1133).

Ein solcher Anspruch besteht überhaupt nicht, wenn der Gläubiger die gefährdende Disposition vorbehaltlos genehmigt.

2. Ist die die Sicherheit gefährdende Grundstücksverschlechterung noch gar nicht eingetreten, aber zu besorgen, z. B. wegen Nichterneuerung der Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr (R.G. 52 S. 296, R. 03 S. 80, J.W. Beil. 02 S. 277) oder wegen ungenügender Feldbestellung (das. S. 278), so ist der Gläubiger befugt,

α) auf Unterlassung[1]) zu klagen ohne Rücksicht darauf, ob diese Besorgnis durch Einwirkungen des Grundstückseigentümers selbst oder eines Dritten gerechtfertigt erscheint,

β) die gerichtliche Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln, z. B. auch einer Zwangsverwaltung im Wege der Klage (einstweiliger Verfügung), der actio hypoth. negatoria zu beantragen, jedoch nur dann, wenn der Eigentümer selbst, nicht ein Dritter, durch sein positives oder negatives Verhalten, also durch eigene Einwirkungen oder durch die Unterlassung der erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkung Dritter oder gegen andere Beschädigungen jene Besorgnis veranlaßt (§§ 1134, 1135).

b) Der hypothekarische (dingliche) Anspruch richtet sich auf Befriedigung aus dem Grundstück und den mitverhafteten Gegenständen (vgl. auch §§ 592, 688, 794 Nr. 5, 800 C.P.O.); dieselbe erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung[2]). Ist jedoch der Eigentümer der Gläubiger (Eigentümerhypothek, Eigentümergrundschuld), so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben, auch gebühren ihm Zinsen nur für die Dauer der von einem Dritten veranlaßten Zwangsverwaltung (§§ 1197, 1177 Abs. 2).

---

[1]) Vgl. §§ 12, 862, 1053.

[2]) Zur Sicherung des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers auf die Mieten ist eine einstweilige Verfügung zulässig. Eine sie rechtfertigende Gefährdung liegt schon darin, daß über den Grundstückseigentümer Konkurs eröffnet ist (R.G. 52 S. 139).

Der Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist[1], hat keine Verpflichtung zur Befriedigung des Gläubigers, die Berechtigung steht ihm jedoch zu, und zwar wenn

entweder die Forderung ihm gegenüber fällig geworden (§ 1141)

oder der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt (§ 267) ist.

Auch ein beteiligter Dritter, z. B. ein nachstehender Realgläubiger, kann, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt, dieselbe seinerseits unter entsprechender Berücksichtigung des § 268 bewirken (§§ 1142, 1150).

Die Befriedigung hat in diesen Fällen durch Zahlung zu erfolgen, sie kann aber auch durch Hinterlegung und Aufrechnung geschehen, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für solchen Tilgungsmodus (§§ 372 ff., 387 ff.) vorliegen. Vgl. auch § 1224 (Pfandrecht).

Die Immobiliarzwangsvollstreckung, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, umfaßt mit gewissen Einschränkungen (§§ 20 ff., 148 ff. Zw.G.) auch die mitverhafteten beweglichen Gegenstände. Indessen unterliegen letztere, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen bewirkt ist, auch der Mobiliarexekution; nur soweit sie Zubehör sind (§§ 97, 98), können sie nicht besonders gepfändet, sondern lediglich mit dem Immobile beschlagnahmt werden (§ 865 C.P.O.).

1. Aktiv legitimiert ist der Gläubiger, der nur den Erwerb des dinglichen Rechts unter Berücksichtigung der §§ 891 ff., 1117, 1138 ff., 1155 (publica fides) darzutun hat, aber nicht notwendig eingetragen sein muß. Doch kann der Geltendmachung einer verbrieften Hypothek (Grundschuld) mit Ausnahme der im § 1159 erwähnten Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen und der Kosten — das gleiche gilt bei der Verfolgung der dem dinglichen Recht zugrunde liegenden persönlichen Forderung, vorausgesetzt, daß der Grundstückseigentümer auch der persönliche Schuldner ist — mittelst dilatorischer Einrede (R.G. J.W. Beil. 03 S. 110) widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt;

[1]) Wenn der Eigentümer nach Fälligkeit der Hypothek Zahlung nicht leistet, noch auch durch Ausstellung eines vollstreckbaren Titels dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt, sich ohne Prozeß aus dem Grundstück zu befriedigen, so gibt er zur Klage Veranlassung und hat die Prozeßkosten zu tragen. Dasselbe gilt von dem vom Gläubiger aufgeforderten Konkursverwalter, der davon absteht, das mit der Hypothek belastete Grundstück des Gemeinschuldners selbst zur Versteigerung zu bringen (R.G. R. d. O.L. 6 S. 386, R. 03 S. 312).

falls er im Grundbuch nicht eingetragen ist, hat er auch die im § 1155 bezeichneten, den Übergang des Rechts auf ihn beweisenden Urkunden vorzulegen (§ 1160).

2. Passiv legitimiert ist der Grundstückseigentümer[1]) ohne Rücksicht darauf, ob er der persönliche Schuldner ist oder nicht, ob er eingetragen oder nicht eingetragen ist. Zugunsten des Gläubigers gilt aber der Bucheigentümer als Eigentümer — der Gegenbeweis wie in § 891 Abs. 1 ist hier unstatthaft — unbeschadet der Befugnis des nicht eingetragenen wahren Eigentümers, die ihm gegen das dingliche Recht zustehenden Einwendungen geltend zu machen. Erfolgt also z. B. die Zwangsversteigerung aus dem Judikat gegen den formellen Bucheigentümer (§ 17 Zw.G.), so wird der wahre Eigentümer die Aufhebung durch den Nachweis erwirken können, daß das dingliche Recht des Gläubigers schon vor dem Erlaß des Urteils, z. B. gemäß §§ 1143, 1153, auf ihn übergegangen war (§ 1148). Ist über das Vermögen des Grundstückseigentümers der Konkurs eröffnet, so ist die Hypothekenklage gegen den Konkursverwalter zu richten, solange das Grundstück nicht aus der Konkursmasse freigegeben ist (J.W. 01 S. 183).

3. Der Gläubiger hat außer der Aktiv- und Passivlegitimation den Eintritt der sonstigen, seinen dinglichen Anspruch begründenden Tatsachen nachzuweisen, insbesondere die Fälligkeit. Ist eine Kündigung[2]) geboten, so muß sie, um für den dinglichen Anspruch wirksam zu sein, von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von dem letzteren dem ersteren erklärt werden, wobei zugunsten des Gläubigers der Bucheigentümer ohne Gegenbeweis als Eigentümer gilt. Vgl. jedoch § 1185 Abs. 2. Die Kündigung an den persönlichen Schuldner oder durch ihn ist rücksichtlich des Realrechts weder erforderlich noch ausreichend. Aber auch eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung, ebenso wie die bezügliche Mahnung, ist — soweit nicht der Anspruch lediglich auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen oder auf Kostenerstattung sich richtet — in Ansehung einer Briefhypothek (Grundschuld) unwirksam, wenn der Gläubiger den Brief und, bei seiner Nichteintragung im Grundbuch auch die im

[1]) Wegen des Anspruchs aus einem eingetragenen Rechte findet die Zwangsverwaltung auch dann statt, wenn die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Zw.G. nicht vorliegen, der Schuldner aber das Grundstück im Eigenbesitz hat (§ 147 das.).

[2]) Ist infolge nicht pünktlicher Zinszahlung die bedungene Unkündbarkeit weggefallen, so geht der Gläubiger durch vorbehaltlose Annahme der Zinsen des Kündigungsrechts nicht verlustig (R.G. J.W. Beil. 03 S. 23, R. 03 S. 181).

§ 1155 bezeichneten, den Übergang des Rechts erweisenden Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung (Mahnung) aus diesem Grunde unverzüglich (§ 121) zurückweist. Wenn der Eigentümer der persönliche Schuldner ist, so gilt das nämliche auch bei Geltendmachung der dem Realrecht zugrunde liegenden persönlichen Forderung (§§ 1141, 1160, 1161). Ein Verzicht auf Vorlegung dieser Urkunden ist zulässig und eintragungsfähig.

Die Kündigung kann auch durch oder an einen Vertreter erfolgen, insbesondere an einen dem Eigentümer auf Antrag des Gläubigers nach Maßgabe des § 1141 Abs. 2 (vgl. jedoch § 1185 Abs. 2) ad hoc bestellten.

Die an sich rechtsverbindliche Kündigung bleibt auch bei einem Wechsel des Eigentums oder Gläubigerrechts fortbestehen [1]) (Ob.Trib. 39 S. 138 ff.).

Der neue Gläubiger (Zessionar) muß auch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber noch nach der Übertragung erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist (§ 1156).

4. Handelt es sich um eine Hypothek, so genügt zum Beweise der zugrunde liegenden Forderung die Berufung auf die Eintragung, da auch in Ansehung der Forderung für die dingliche Klage (R.G. J.W. 01 S. 547) die §§ 891 bis 899 (publica fides) gelten. Wird jedoch bei einer Darlehnsbuchhypothek innerhalb eines Monats auf Antrag des Eigentümers ein auf den Nichtempfang der Darlehnsvaluta gestützter Widerspruch eingetragen, so hat die Eintragung die Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre; die Wirksamkeit der Protestation wird mithin hier ausnahmsweise auf den Moment der Bestellung der Hypothek zurückdatiert, so daß auch ein zwischenzeitlicher gutgläubiger Erwerber dem Einwand des Eigentümers aus dem Nichtempfang der Darlehnsvaluta ausgesetzt ist (§§ 1138, 1139). Vgl. §§ 1184, 1185 (Sicherungshypothek).

5. Die zulässigen Einwendungen betreffen

entweder das dingliche Recht unmittelbar, das Realrecht in seinem Bestande oder seiner Wirksamkeit ohne Rücksicht auf die Forderung, z. B.

[1]) Dem Ersteher gegenüber ist solche Kündigung nur wirksam, wenn sie spätestens in dem Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgt und bei dem Gericht angemeldet worden ist (§ 54 Zw.G.).

die Ungültigkeit des dinglichen Vertrags, die Einigung, und damit der Hypothek (Grundschuld),

oder die Forderung, z. B. deren Tilgung, und nur indirekt das Realrecht. Hierher gehören insbesondere auch (vgl. noch §§ 768, 1211)

α) die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung z. B. aus §§ 821, 853,

β) die nach § 770 aus dem Anfechtungsrecht des Hauptschuldners und der Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers einem Bürgen zustehenden Einreden, d. h. diejenigen Behauptungen, welche, ohne daß der sie begründende Tatbestand die Forderung aufhebt, den Schuldner zur Verweigerung der Befriedigung berechtigen. Die Geltendmachung dieser Einreden gegenüber der Klage aus der Hypothek (nicht Grundschuld) wird mit Rücksicht auf die grundsätzliche Abhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung auch dem Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, gestattet. Indessen gelten die Vorschriften der §§ 891 bis 899 (publica fides)[1]), wie in Ansehung der Forderung und damit folgerecht des Tilgungseinwands, auch in Ansehung dieser Einreden, so daß sie gegenüber dem an sich geschützten Gläubiger (vgl. auch § 1155) nur durchgreifen, wenn sie durch Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs ersichtlich oder dem Gläubiger beim Erwerb seines Rechts bekannt waren, oder auch (§ 1140), wenn sie aus dem Briefe über die Post sich ergeben; sie gehen dem Eigentümer durch den Verzicht des persönlichen Schuldners nicht verloren. Unbedingt zulässig sind sie somit gegenüber dem Mitkontrahenten des persönlichen Schuldners und den Erben dieses Mitkontrahenten. Beim Tode des persönlichen Schuldners kann sich jedoch der Grundstückseigentümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt hafte (§§ 1975 ff., 1993 ff.).

Zulässig sind endlich auch noch die aus einem Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger sich ergebenden Einreden, z. B. die der Stundung; der neue Gläubiger kann jedoch auch in Ansehung einer derartigen Einrede unter der Voraussetzung des § 892, soweit nicht der Briefinhalt (§ 1140) entgegensteht, auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs sich berufen und gemäß §§ 894 ff. die Berichtigung des Grundbuchs herbeiführen (§§ 1137, 1138, 1157).

Auch hier sei nochmals betont, daß sich auf die publica fides des

[1]) Der redhibierende Grundstückskäufer wird deshalb bei dem für den Verkäufer eingetragenen Restkaufgeld die Eintragung des Widerspruchs veranlassen können.

Grundbuchs nur berufen kann, wer rechtsgeschäftlich erwirbt, nicht also z. B. derjenige, der eine Hypothek (Grundschuld) im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden und sich überweisen läßt.

6. Der Anspruch des Gläubigers richtet sich auf Gestattung (vgl. § 371 Abs. 4 H.G.B.) oder richtiger Feststellung seiner Berechtigung, daß seine Befriedigung aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf welche sich das dingliche Recht erstreckt, im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Vgl. jedoch §§ 1177, 1197 (Eigentümerhypothek und Grundschuld). Der Eigentümer kann, solange nicht die Post ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht die Befugnis einräumen, zum Zwecke der Verwirklichung seines Anspruchs

entweder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen [1]); der Abschluß eines solchen obligatorischen Vertrags ist unverbindlich, womit zugleich im Anschluß an das gem. Recht die lex commissoria verboten ist (R.G. 2 S. 355 ff., 4 S. 51 ff.).

oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken; ein solches Abkommen ist schlechthin verpönt (§ 1149).

Nach dem Eintritt der Fälligkeit der Post kann eine bezügliche Vereinbarung und ihre Ausführung rechtswirksam erfolgen.

Der Eigentümer und auch der persönliche Schuldner, wenn dieser ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs hat, sowie ein zur Befriedigung des Gläubigers gemäß §§ 268, 1150 berechtigter Dritter können gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Briefes über die Post und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Post erforderlichen Urkunden (§ 1144), bei nur teilweiser Befriedigung aber nur die Quittung auf dem Briefe und dessen Vorlegung zuständigen Orts, nach Maßgabe des § 1145 verlangen (§§ 1150, 1167). Der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, kann nicht ohne weiteres beanspruchen, daß dieser die Post abtrete. Er wird sich jedoch bei Konstituierung der Post ausbedingen können, daß ihm gegen Tilgung eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erteilt wird. Diese Zusage ist aber nach K.G. Joh. 20 S. 308 nicht eintragungsfähig. Dagegen würde die Eintragung der Verpflichtung zulässig sein, daß der Gläubiger die Hypothek an einen zu ihrem Erwerbe bereiten Dritten

[1]) Vgl. § 1229 (Pfandrecht).

Zug um Zug gegen die von diesem an den Gläubiger erfolgende Zahlung, frei von Gewährleistungspflicht und Kostenlast zu veräußern und abzutreten habe.

7. Der Gläubiger, dem auch ein persönlicher Anspruch zusteht, ist nicht genötigt, zuerst die actio hypothecaria anzustrengen, auch dann nicht, wenn der Schuldner zugleich Grundstückseigentümer ist; in diesem Falle kann aber die Verbindung beider Klagen stattfinden (vgl. § 25 C.P.O.).

8. Die Bedeutung der Rechtshängigkeit des dinglichen Anspruchs und der Rechtskraft der Entscheidung erhellt aus den §§ 266, 265 Abs. 3, 325, 727 C.P.O.; § 26 Zw.G.

VI. Übertragung und Umwandlung[1]).

a) Die Hypothek (Grundschuld) ist übertragbar, vgl. noch §§ 837, 857 Abs. 6 C.P.O.

1. Die Hypothek, nicht die Grundschuld, geht mit der Übertragung der Forderung, gleichgültig, ob sie rechtsgeschäftlich (§ 1154) oder im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 835 ff. C.P.O.) oder kraft Gesetzes (z. B. § 1143) geschieht, von selbst auf den neuen Gläubiger über, so daß er Gläubiger der Forderung und der Hypothek zugleich wird. Auch folgt aus der Zusammengehörigkeit (vgl. jedoch § 1180) der Forderung und der Hypothek (nicht Grundschuld), daß die eine nicht ohne die andere übertragen werden kann, vgl. jedoch § 1190 Abs. 4 (Sicherungshypothek). Die Bestimmung, daß die Forderung z. B. dem Zedenten verbleiben solle, die Hypothek allein abgetreten werde, oder umgekehrt, würde deshalb unzulässig und unwirksam sein (R.G. 35 S. 242). Dagegen kann die Hypothek unter Erlöschen der Forderung auf einen neuen Gläubiger übergehen, z. B. nach § 1164. Vgl. noch §§ 1250, 1273 (Pfandrecht).

2. Über die Form der Übertragung vgl. oben § 39 II a (R.G. 54 S. 362 ff., D.J.Z. 03 S. 403). Nochmals sei betont, daß bei einer Briefhypothek (Grundschuld) von dem Eintragungsprinzip abgewichen wurde, wogegen die Erteilung einer schriftlichen Abtretungserklärung[2]), deren

[1]) Der eingetragene Grundstückseigentümer kann über eine Eigentümerhypothek verfügen, ohne als Eigentümerhypothekar eingetragen zu sein (K.G. Joh. 20 S. 190, 22 S. 172, 23 S. 157, 25 S. 169).

[2]) Vgl. §§ 26, 37 Gr.O. Eine Blankoabtretung ist hierdurch ausgeschlossen. Vgl. noch Art. 34 A.G. — Die Formvorschriften des § 1154 gelten nicht für das pactum de cedendo (R.G. 54 S. 146 ff.).

schriftlicher Form durch die Eintragung ersetzt wird, sowie die Aushändigung des Briefes, erfordert wird. Zugunsten desjenigen, welcher die Hypothek oder ein Recht daran vom Besitzer des Briefes, der nicht als Gläubiger eingetragen ist, erwirbt, wird die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 891 ff.) durch die Vorschrift des § 1155 ermöglicht (§§ 1154, 1159); jedoch genügt in solchem Falle eine nicht beglaubigte Abtretungserklärung nicht; der gute Glaube des Erwerbers muß hier demgemäß zur Zeit der öffentlichen Beglaubigung der Abtretungserklärung bestehen.

Soweit der Anspruch auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen oder auf Erstattung der Kosten der Kündigung oder dinglichen Rechtsverfolgung (§ 1118) gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung nach den §§ 398 ff. Vgl. noch § 837 C.P.O.

3. In Ansehung der Wirkung der Übertragung vgl. oben § 39 V b. Hieraus erhellt, daß der Einwand der Tilgung eines Zinsrückstands oder Kostenanspruchs auch dem Zessionar gegenüber unbedingt zulässig ist (§ 1159 Abs. 2).

b) Eine Hypothek kann in eine Grundschuld, eine Grundschuld in eine Hypothek, eine Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek in eine Sicherungshypothek, eine Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld, eine gewöhnliche Grundschuld in eine Rentenschuld rechtsgeschäftlich umgewandelt werden[1]. Eine solche Umwandlung enthält eine Änderung des Inhalts des Rechtes (§ 877), so daß die Vorschriften der §§ 873, 874, 876 Anwendung finden (K.G. Joh. 25 S. 309, R. 03 S. 149). Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich (§§ 1186, 1198, 1203). Soll eine unter Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung eingetragene Sicherungs(Maximal)hypothek in eine gewöhnliche verzinsliche Hypothek umgewandelt werden, so bedarf es zunächst der Feststellung, daß dem Hypothekengläubiger eine Forderung in bestimmter Höhe zusteht (K.G. R. 02 S. 555). Eine Eigentümergrundschuld kann nicht durch bloße Erklärung des Eigentümers in eine Eigentümerhypothek umgewandelt werden. Die Umwandlung ist nur zugunsten eines Dritten unter Zugrundelegung einer neuen Forderung an Stelle der endgültig erloschenen früheren statthaft (K.G. Joh. 25 S. 299, R. 03 S. 150).

Die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld

[1]) Vgl. § 65 Gr.O.

findet aber ferner von selbst statt[1]), wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt[2]), ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht (§ 1177 Abs. 1). Dies trifft z. B. zu,

1. wenn die Forderung, für welche die (Buch- oder Brief-) Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt; abweichend von St.A. 92 S. 3; R.G. 3 S. 269, 27 S. 169ff., 32 S. 308ff., 44 S. 294ff.; K.G. Joh. 3 S. 176 steht alsdann die Hypothek als Grundschuld dem Grundstückseigentümer ex tunc, also demjenigen Grundstückseigentümer, der es zur Zeit der Begründung der Hypothek war, nicht also einem späteren Grundstückserwerber (R.G. 51 S. 44) zu[3]). Ist die Hypothekenbestellung selbst nichtig, so geht die Post nicht auf den Eigentümer über, vielmehr rückt der nacheingetragene Gläubiger vor (§ 1163);

2. wenn die Forderung erlischt, z. B. durch Zahlung, Aufrechnung, Erlaß seitens des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner ist; alsdann erwirbt der Grundstückseigentümer die Hypothek ebenfalls als Grundschuld von dem Momente des Erlöschens der Forderung. Ist der zahlende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so erlischt die Forderung nicht, sondern geht insoweit auf ihn über (§ 1143). Erfolgt die Befriedigung seitens des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners oder vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, so greift § 1164[4]) Platz; hiernach geht die Hypothek auf den persönlichen Schuldner insoweit über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann, z. B. wenn er sich in dessen Auftrag oder als neg. gestor verbürgt hatte. Solcher Übergang vollzieht sich deshalb, wenn der Grundstücksverkäufer bei nicht genehmigter Schuldübernahme seinerseits die Hypothekenforderung bezahlt, soweit er von dem Käufer Ersatz zu beanspruchen hat;

3. wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (vgl. noch § 418); alsdann erwirbt sie der Grundstückseigentümer (§ 1168). Dieser Verzicht, welcher der Eintragung in das Grundbuch bedarf (K.G.

[1]) Vgl. noch § 65 Gr.O.

[2]) Vgl. jedoch § 1178.

[3]) Dieselbe Wirksamkeit wird einer Hypothek, die im Gebiete des Pr. Allg. Landr. für eine bis zum 1. 1. 00 nicht zur Entstehung gelangte Forderung bestellt war, beigelegt (R.G. J.W. 01 S. 239).

[4]) Diese Vorschrift gilt auch für ältere Hypotheken (R.G. J.W. Beil. 03 S. 45, R. 03 S. 264).

Joh. 23 S. 159, 25 S. 317), unterscheidet sich von der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek (§ 1183) dadurch, daß er lediglich die Aufgabe des Hypothekenrechts seitens des Gläubigers bedeutet, wodurch die Forderung nicht berührt wird, so daß der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer eintritt (K.G. Joh. 25 S. 275, R. 02 S. 205, 03 S. 210). Vgl. noch § 1169.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168 nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek vor, so kann diese Teilhypothek bzw. Grundschuld nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden (§ 1176); letztere genießt deshalb den Vorrang vor dem auf den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner übergegangenen Teile (K.G. Joh. 25 S. 305),

4. wenn der unbekannte Gläubiger gemäß § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird,

5. wenn die Voraussetzungen der §§ 868 und 932 Abs. 2 C.P.O. vorliegen.

In diesen Fällen der Eigentümergrundschuld bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend.

Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, z. B. nach § 1143, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften (§ 1197), ohne daß sich jedoch die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt (§ 1177)[1].

Vereinigt sich die gemäß § 128 Zw.G. eingetragene Sicherungshypothek mit dem Eigentum in einer Person, so kann sie nicht zum Nachteil eines Rechts, das bestehen geblieben ist, oder einer anderen nach Maßgabe dieses § eingetragenen Sicherungshypothek geltend gemacht werden.

Der Eigentümer kann sich einem anderen, z. B. dem Hypotheken-

[1]) Die Pfändung einer verbrieften Eigentümerhypothek ist nach Erteilung des Zuschlags und auch nach Zahlung des Versteigerungserlöses an den Subhastationsrichter gemäß § 830 C.P.O. erst mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner (Subhastaten und Eigentümerhypothekar) der richterliche Pfändungsbeschluß zugestellt (R.G. 43 S. 427 ff.) und außerdem der Hypothekenbrief dem Gläubiger übergeben oder zum Zwecke der Ablieferung an ihn weggenommen ist (K.G. R. S. 240).

gläubiger selbst, einem Nachhypothekar oder einem Dritten gegenüber verpflichten, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (§ 1179). Dieses Recht auf Löschung kann abgetreten werden (R.G. 52 S. 8, R. 03 S. 153).

VII. Aufhebung.

a) Befriedigt der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer den Gläubiger, so entsteht insoweit eine Eigentümerhypothek (§§ 1143, 1177 Abs. 2), dagegen eine Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs. 1), wenn der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, zugleich persönlicher Schuldner ist. Befriedigt aber der mit dem Grundstückseigentümer nicht identische persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann, z. B. wenn er sich als Bevollmächtigter oder neg. gestor im Interesse des Eigentümers dem Gläubiger gegenüber verpflichtet hatte. Insoweit ein solcher Erstattungsanspruch nicht besteht, erlischt die Forderung, womit der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) erwirbt (§ 1163 Abs. 1).

Der ersatzberechtigte persönliche Schuldner wird gegen eine Gefährdung oder Vereitelung seines Rechts in doppelter Weise geschützt:

1. indem er von seiner Schuld insoweit befreit[1]) wird, als er durch eine Verfügung des Gläubigers über die Post, nämlich

α) Verzicht auf die Hypothek (Grundschuld),

β) rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek (Grundschuld),

γ) Vorrangseinräumung für ein anderes Recht,

gehindert wird, den ihm auf Grund seines Rechtsverhältnisses zum Eigentümer oder dessen Vorgänger gebührenden Ersatz aus der Hypothek (Grundschuld) zu erlangen (§ 1165),

2. indem ihm gegen die Ausfallsforderung des Gläubigers unter den Voraussetzungen des § 1166 (Unterlassung der Benachrichtigung von dem Betriebe der Zwangsversteigerung) eine peremtorische Einrede gewährt wird[2]).

[1]) Die Vorschrift des § 1165 gilt auch für ältere Hypotheken (R.G. J.W. Beil. 03 S. 45).

[2]) Der Nachweis der unverzüglichen Benachrichtigung von der Zwangsversteigerung trifft hier den betreibenden Gläubiger (R.G. 54 S. 369 ff., J.W. Beil. 03 S. 81, R. 03 S. 401.

b) Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek (Grundschuld), welche im Gegensatz zum Verzicht unmittelbar auf die Aufhebung, die völlige Beseitigung der Hypothek, gerichtet ist (K.G. R. 02 S. 205, 03 S. 210, Joh. 23 S. 159, 25 S. 275, S. 316, R.d.O.L. 6 S. 208), ist abweichend von § 875 außer der Aufgabeerklärung des Gläubigers[1]) und der Löschung im Grundbuch die Zustimmung (§§ 182 ff.) des Eigentümers erforderlich, welche dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären (§ 29 Gr.O.) und gegen die Regel des § 183 unwiderruflich ist (§ 1183). Die Zustimmung des Eigentümers wird durch den in öffentlich beglaubigter Form eingereichten Löschungsantrag erklärt (K.G. R. 02 S. 205). Auf diese Zustimmung bezieht sich die Vorschrift des § 878 nicht (R.G. 52 S. 416).

c) Die Hypothek (Grundschuld) erlischt außer nach §§ 52, 91 Zw.G., wenn der Gläubiger aus dem Grundstück oder aus den Gegenständen, auf welche sich die hypothekarische Belastung erstreckt, befriedigt wird (§§ 1147, 1181); unterbleibt jedoch die Löschung (§§ 130 Abs. 1, 131 Zw.G.), so wird der gutgläubige Dritte den Schutz der §§ 891 ff., 1138, 1140, 1157 genießen. Die Befriedigung aus dem Grundstück ist von der durch den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner wesentlich verschieden; sie erfolgt (R.G. 47 S. 269)

entweder aus den Kaufgeldern des versteigerten Grundstücks (§ 117 Zw.G.),

oder bei der Zwangsverwaltung aus seinen Nutzungen (§ 158 das.).

Wie die Befriedigung aus dem Grundstück wirkt

1. die bei Nichtberichtigung des Bargebots (§ 49 Zw.G.) durch Anordnung des Gerichts zu bewirkende Übertragung (Überweisung) der Forderung

α) gegen den Ersteher (§§ 118 ff. Zw.G.); diese Wirkung tritt jedoch hier nicht ein, wenn vor dem Ablaufe von 3 Monaten der Berechtigte dem Gerichte gegenüber den Verzicht auf die Rechte aus der Übertragung erklärt oder die Zwangsversteigerung beantragt; wird der

---

[1]) Die bloße Löschungsbewilligung beweist nicht ohne weiteres die Entstehung der Eigentümerhypothek (K.G. Joh. 23 S. 235). Die beglaubigte Quittung des Gläubigers genügt dagegen nicht bloß zur Löschung, sondern auch zur Umschreibung für den Eigentümer (K.G. Joh. 20 S. 190). Aus der Quittung braucht nicht zu erhellen (?), ob der Eigentümer als persönlicher Schuldner (Eigentümergrundschuld) oder als nicht persönlicher Schuldner (Eigentümerhypothek) den Gläubiger befriedigt hat (K.G. Joh. 20 S. 283). Der Löschungsantrag des Grundstückseigentümers bedarf der Beglaubigung (K.G. Joh. 22 S. 156, 24 S. 87).

Antrag auf Zwangsversteigerung zurückgenommen oder das Verfahren nach § 31 Abs. 2 Zw.G. aufgehoben, so gilt er als nicht gestellt (§ 118 cit.),

β) gegen den bei der Erteilung des Zuschlags für zahlungspflichtig erklärten Dritten (§ 82 ebendort), soweit gemäß §§ 60, 61 a. a. O. für den das geringste Gebot übersteigenden Betrag des Meistgebots Zahlungsfristen als Versteigerungsbedingung festgestellt sind; die Forderung gegen den Dritten tritt für das Verteilungsverfahren an die Stelle der Forderung gegen den Ersteher (§ 134 das.),

2. die frist- und ordnungsmäßige Vereinbarung über das Bestehenbleiben eines Rechts, welches durch den Zuschlag an sich erlöschen würde (§§ 91, 52, 59 ff. Zw.G.). Ist das Recht eine Hypothek des Erstehers, so verwandelt sie sich (§ 1177) in eine Grundschuld (K.G. Joh. 22 S. 313).

Hat der Ersteher außer dem durch Zahlung zu berichtigenden Teile des Meistgebots einen weiteren Betrag nach den §§ 50, 51 Zw.G. zu zahlen, so wirkt die gemäß § 125 das. an die Beteiligten bewirkte Übertragung der gegen ihn bestehenden Forderung nicht wie eine Befriedigung aus dem Grundstück.

d) Der Ausschluß des dinglichen Rechts des unbekannten Gläubigers (vgl. §§ 126, 135 Zw.G.) — die Unkenntnis des Aufenthalts genügt nicht, dagegen wird der Mangel des Nachweises des Verfügungsrechts des angeblichen Gläubigers in der Regel ausreichen — erfolgt wie die Kraftloserklärung eines abhanden gekommenen oder vernichteten Briefes[1]) (§ 1162; § 136 Zw.G.) im Wege des Aufgebotverfahrens (§§ 982 ff. C.P.O.), entsprechend den §§ 887, 927, 1104, 1112, 1269. Voraussetzung ist (§§ 1170[2]), 1171)[3])

entweder daß seit der letzten sich auf die dingliche Belastung beziehenden Eintragung in das Grundbuch bzw. einer späteren, kalendermäßig bestimmten Zahlungszeit zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise, z. B. durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung, anerkannt worden ist (vgl. aber ferner § 1188 Abs. 2). Mit dem Erlaß

[1]) Vgl. noch Art. 1 IV § 22 A.G. z. R.G. v. 17. 5. 98 betr. Änder. der C.P.O.
[2]) Vgl. Art. 39 A.G.
[3]) Vgl. auch Art. 1 IV § 21 G.G. z. R.G. v. 17. 5. 98 betr. Änder. der C.P.O.

des Ausschlußurteils erwirbt hier der Eigentümer die Post, während der bisherige Brief kraftlos wird (vgl. noch §§ 67, 42 Gr.O.),

oder daß der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers (§ 1142) oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt (§ 376 Abs. 2). Hier gilt ohne Gegenbeweis mit der Erlassung des Ausschlußurteils der Gläubiger als befriedigt, womit, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, auch die Forderung auf ihn übergeht (§ 1143), sofern nicht nach den §§ 372 ff., 1142 Abs. 2 (vgl. oben § 38 S. 359 f 2) die Befriedigung schon vorher eingetreten ist; auch hier wird der bisherige Brief kraftlos (vgl. noch §§ 67, 42 Gr.O.).

VIII. Gesamthypothek (Grundschuld) [1].

a) Begriff.

Eine Gesamthypothek (Grundschuld) liegt vor, wenn für dieselbe Forderung eine Hypothek, oder wenn dieselbe Grundschuld (Rentenschuld) nicht bloß an einem Grundstück, sondern an mehreren Grundstücken dergestalt besteht, daß jedes dieser Grundstücke aufs Ganze (correaliter), nicht bloß für einen Teilbetrag, haftet. Der Korrealgläubiger kann sich deshalb wegen der ganzen Summe an jedes einzelne Grundstück halten, nach seinem Belieben aus den Kaufgeldern oder Revenuen des einen oder anderen oder durch Pfändung der bei diesem oder jenem mithaftenden Gegenstände seine Befriedigung ganz oder zu einem Teile suchen (R.G. 3 S. 260), auch auf die Mithaft einzelner Grundstücke ohne Verlust seines Realrechts an den übrigen verzichten (§ 1175 Abs. 1; R.G. 16 S. 164 ff.). Er ist aber ferner berechtigt, die korreale Belastung dadurch zu beseitigen, daß die Haftsumme auf die einzelnen Grundstücke in der Weise verteilt wird, daß jedes Grundstück nicht mehr aufs Ganze, sondern nur noch für den zugeteilten Betrag haftet (§ 1132). Diese Verteilung stellt sich mithin als eine Aufhebung der hypothekarischen Belastung über diesen Betrag hinaus dar und erfordert deshalb eine bezügliche Aufgabeerklärung des Gläubigers sowie die Löschung im Grundbuch unter entsprechender Anwendung der §§ 875, 876, 878; sie schafft eine Reihe einzelner Hypotheken (Grund-

[1]) Die Gesamthypothek ist eine einheitliche Hypothek. Sie kann also rechtsgeschäftlich nicht auf einem Teile der Grundstücke als Verkehrs-, auf einem anderen Teile als Sicherungshypothek eingetragen werden (K.G. Joh. 22 S. 164). Zulässig ist aber die Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung für eine Forderung, für welche bereits eine Vertragshypothek besteht (K.G. R. 03 S. 150).

schulden), die lediglich als solche, nicht mehr als korreale rechtlich zu behandeln sind (vgl. noch §§ 64, 68 Gr.O.). Der Hypothekengläubiger ist aber nicht befugt, die ganze Hypothek an dem einen Grundstück abzutreten und an einem anderen zurückzubehalten; eine Vervielfältigung der Post ist unzulässig. Dagegen kann eine Zinserhöhung bezüglich einzelner Grundstücke erfolgen (K.G. Joh. 21 S. 169). Über die Feststellung des geringsten Gebots vgl. § 64 Zw.G.; dazu § 122 das. In der Regel soll über eine Gesamthypothek nur ein Hypothekenbrief erteilt werden (§ 59 Gr.O.). Die korreale Haftung ist in den §§ 867 Abs. 2, 932 Abs. 2 C.P.O. ausgeschlossen.

b) Wirkung.

1. Die Gesamthypothek (Grundschuld) steht in den Fällen des § 1163, in denen die Einzelhypothek (Grundschuld) dem Grundstückseigentümer zusteht bzw. von ihm erworben wird, den sämtlichen Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu[1]). Jeder der Eigentümer kann in Ermangelung abweichender Vereinbarung diese Gemeinschaft wieder zur Aufhebung bringen; er hat gegen seine Genossen einen Anspruch auf einen verhältnismäßigen Teilbetrag der Post und kann verlangen, daß dieser Betrag ihm gemäß § 1132 Abs. 2 zugeteilt, im übrigen sein Grundstück von der Haftung befreit wird (§ 1172), (vgl. noch §§ 64, 68 Gr.O.).

2. Befriedigt der Eigentümer eines der correaliter haftenden Grundstücke, mag er der persönliche Schuldner sein oder nicht (§ 1143 Abs. 2), den Gläubiger, oder wird er selbst durch Übertragung des Gläubigerrechts auf ihn Gläubiger, oder vereinigen sich Forderung und Schuld in seiner Person, so erwirbt er in der Regel nur die Post an seinem eigenen Grundstück, während sie an den übrigen erlischt. Vgl. noch § 1178. Kann jedoch der erwähnte Eigentümer von dem Eigentümer eines anderen der correaliter verhafteten Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, z. B. mit der actio mandati oder neg. gest. contraria, dann würde dieses Grundstück durch das Erlöschen der Post einen unbilligen Vorteil erlangen. Deshalb bleibt in Höhe des Ersatzanspruchs die Post auch auf diesem anderen Grundstück haften, sie geht insoweit auf den ersatzberechtigten Eigentümer mit über, sie bildet für ihn mit der an seinem eigenen Grundstück erworbenen Post eine Gesamthypothek (Grundschuld), wodurch

[1]) In den Fällen des § 1163 Abs. 1 besteht jedoch die Gesamtgrundschuld unverändert fort, da sie von der Forderung unabhängig ist, vgl. oben I Abs. 2 i. f.

auch das Interesse der gleich- und nachstehenden Rechte gewahrt wird (§§ 1172, 1173). Die Löschung der Hypothek (Grundschuld) auf dem anderen Grundstück ist deshalb nur beim Nachweis zulässig, daß dem Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt hat, kein Ersatzanspruch zusteht (R.G. Joh. 24 S. 255, R. 02 S. 347).

Ob auch die der Gesamthypothek zugrunde liegende Forderung auf den Eigentümer übergeht oder nicht, hängt davon ab, ob er nicht der persönliche Schuldner ist oder ob er es ist (§ 1143).

3. Befriedigt der persönliche Schuldner, der nicht Eigentümer eines der belasteten Grundstücke ist, den Gläubiger, oder vereinigen sich, z. B. durch Erbgang, Forderung und Schuld in einer Person, nicht der des Eigentümers (2), so erlischt die Forderung, und die Eigentümer der correaliter haftenden Grundstücke erwerben die Hypothek als Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1, 1172 Abs. 1, 1177 Abs. 1) gemeinschaftlich. Kann jedoch der Schuldner in solchem Falle von den Eigentümern dieser Grundstücke oder deren Rechtsvorgängern vollständigen oder teilweisen Ersatz verlangen, so geht insoweit das dingliche Recht gemäß § 1164 correaliter auf ihn über. Steht ihm aber der Ersatzanspruch nur gegen den Eigentümer eines oder des anderen der Grundstücke oder einen Rechtsvorgänger dieses Eigentümers zu, so geht nur die Post an diesem Grundstücke auf den Schuldner über, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Kann der Schuldner von dem einen oder anderen Eigentümer nur teilweise Ersatz fordern, z. B. wenn er zum Teil lediglich seine eigene Schuld beglich, so erwirbt er die Post nur in Höhe dieses Teilbetrags, während sie in Ansehung des Restes den Eigentümern der correaliter haftenden Grundstücke gemeinschaftlich zufällt (§§ 1163 Abs. 1, 1172 Abs. 1); bei Aufhebung dieser Gemeinschaft gemäß § 1172 Abs. 2 muß der ersatzpflichtige Eigentümer den Betrag, in dessen Höhe die Post auf den Schuldner überging, sich auf seinen Anteil anrechnen lassen (§ 1174).

4. Verzichtet (R.G. R. 02 S. 205) der Gläubiger (§§ 1168, 1178) auf die Gesamthypothek (Grundschuld), oder wird er mit seinem Rechte an derselben gemäß § 1170 ausgeschlossen, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; jeder von ihnen kann deshalb in Ermanglung einer anderweiten Vereinbarung den Anspruch aus § 1172 Abs. 2 geltend machen und die Auseinandersetzung der Gemeinschaft herbeiführen. Bezieht sich dagegen

der Verzicht oder Ausschluß des Korrealgläubigers nur auf die Hypothek (Grundschuld) in Ansehung des einen oder anderen Grundstücks, so erlischt sie an diesem Grundstück, während sie bezüglich der übrigen Grundstücke für den Gläubiger fortbesteht (§ 1175; R.G. 16 S. 164 ff.).

Voraussetzung des Erlöschens soll jedoch sein, daß zum Verzicht noch die Löschung im Grundbuche hinzutritt (K.G. Joh. 24 S. 136, R. 02 S. 293). Zur Löschung ist die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich (§ 27 Gr.O.)

5. Wird der Gläubiger aus einem der correaliter haftenden Grundstücke oder den mitbelasteten Gegenständen befriedigt (vgl. oben VII c), so erlischt die Hypothek (Grundschuld) nicht bloß an diesem Grundstück, sondern auch die übrigen Grundstücke werden frei. Soweit jedoch der Eigentümer des ersteren Grundstücks von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek (Grundschuld) an dem Grundstück dieses Eigentümers mit der Befriedigung des Gläubigers auf ihn von selbst über. Bei teilweiser Befriedigung darf die Rechtslage des Gläubigers in Ansehung der Restpost durch diesen Rechtsübergang nicht verschlechtert werden (vgl. noch (§§ 1164, 1176). Die Geltendmachung der von dem ersatzberechtigten Eigentümer erworbenen Hypothek (Grundschuld) darf aber auch nicht zum Nachteile der gleich- oder nachstehenden Rechte erfolgen (§§ 1181, 1182). Vgl. noch §§ 50, 63, 64, 112, 122, 123 Zw.G.

IX. Sicherungshypothek (§§ 1184 bis 1190)[1].

a) Begriff.

1. Ein Bedürfnis für die Anerkennung der Sicherungshypothek liegt auch bei feststehendem Betrage der Forderung vor, da des öfteren nicht die Schaffung eines Verkehrsgegenstandes, sondern lediglich die Gewährung einer Sicherheit für die Erfüllung einer Verbindlichkeit den alleinigen Zweck der Grundstücksbelastung bildet. Das Wesen der Sicherungshypothek, die auch als Gesamthypothek vorkommen kann, besteht nur darin,

[1]) Eine Kautionshypothek des bisherigen preuß. Rechts gilt zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in Höhe des Betrags der bis dahin entstandenen Forderungen als Sicherungshypothek des B.G.B., in Höhe des überschießenden Betrags erlischt sie, wenn das Rechtsverhältnis, welches durch die Hypothek gesichert werden soll, beendet ist, so daß neue Forderungen daraus nicht mehr entstehen können (R.G. 52 S. 414).

α) daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt, mithin nur insoweit geltend gemacht werden kann, als die Forderung wirklich zur Entstehung gelangt ist und besteht; jeder Einwand und jede Einrede gegen die Forderung hat demgemäß bezüglich der Sicherungshypothek auch gegenüber dem dinglichen Hypothekenrecht Kraft. Die Vorschriften der §§ 892 bis 899 über den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gelten hier weder in Ansehung der Forderung und ihrer Tilgung, noch der Einreden aus § 1137, die Berufung auf diese Vorschriften ist insoweit hier ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 2); die Sicherungshypothek ist also streng akzessorisch und besitzt keine Ordrequalität. Ebensowenig kommt für sie § 1141 zur Anwendung, da der Eigentümer als solcher nicht interessiert, die Kündigung vielmehr nur zwischen Gläubiger und Schuldner erfolgen kann. Dagegen kann die Sicherungshypothek auch Eigentümerhypothek sein, z. B. gemäß §§ 1143, 1163; § 868 C.P.O.[1]), bei der Maximal-(Kautions-)Hypothek wird der Eigentümer, wenn bei der endgültigen Abrechnung die Forderung weniger beträgt als der Eintrag, das plus als Eigentümerhypothek erhalten (K.G. R. 01 S. 537; R.G. 51 S. 117);

β) daß der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, so daß die §§ 891, 1138 nicht Platz greifen; der Gläubiger muß die Existenz seiner Forderung in sonst zulässiger Weise dartun; hieraus folgt auch die Unanwendbarkeit des § 1139 hinsichtlich der Eintragung eines Widerspruchs gegen eine Darlehns-Buchhypothek.

2. Die Hypothek muß, um nicht als gewöhnliche zu gelten, abgesehen von den Fällen der §§ 1187, 1190 (vgl. § 1287; § 848 Abs. 2 C.P.O.), im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden (§§ 1184, 1185)[2]).

b) Arten.

1. Die Sicherungshypothek als solche kommt nur als Buch-, nicht als Briefhypothek vor; die Erteilung des Briefes ist vielmehr ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 1). Deshalb sind die besonderen Bestimmungen für die Briefhypothek, z. B. §§ 1117, 1140, 1155, hier unanwendbar. Die Abtretung der Forderung und damit der Hypothek erfolgt nach § 1154 Abs. 3, also durch dinglichen Vertrag und Ein-

---

[1]) Vgl. § 128 Abs. 3 Zw.G.

[2]) Wegen Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek vgl. K.G. Joh. 25 S. 173; R.G. 49 S. 162.

tragung, nicht nach Abs. 1; vgl. aber auch §§ 1187, 1190 Abs. 4. Der § 1156 kommt nicht zur Anwendung; folgeweise besitzen die §§ 406 bis 408 für die Übertragung der Sicherungshypothek Geltung.

2. In der Regel steht die Wahl zwischen den beiden Formen der verkehrsfähigen und der Sicherungshypothek den Beteiligten frei; ihnen kommt die Befugnis zur Bestellung einer Sicherungshypothek auch dann zu, wenn der Eintragung einer gewöhnlichen Hypothek kein Hindernis im Wege steht. Ausnahmsweise kann jedoch nur eine Sicherungs-, keine verkehrsfähige Hypothek bestellt werden[1])

α) für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber[2]) (§§ 793 ff.), — die Bestellung dieser Inhaberhypothek erfordert außer der Eintragung nur die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, anstatt der sonst notwendigen Einigung der Beteiligten —, aus einem Wechsel (Art. 4, 96 W.O.) oder aus einem anderen indossablen Papiere, z. B. § 363 H.G.B.; diese Hypothek gilt ebenso wie die sogenannte Kautionshypothek (§ 1190 Abs. 3) als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist.

αα) Die Abtretung der Forderung geschieht hier nicht durch dinglichen Vertrag und Eintragung; § 1154 Abs. 3 erweist sich als unanwendbar (vgl. noch § 830 Abs. 3 C.P.O.). Bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber ist die Übergabe der Urkunde erforderlich, die Übertragung des Wechsels und anderer indossabler Papiere erfolgt in der Regel durch Indossierung und Übergabe des Dokuments; soweit aber die Zession statthaft ist, ist ihre volle Wirksamkeit ebenfalls durch Aushändigung der Urkunde bedingt (R.G. 3 S. 326, 14 S. 94, 37 S. 318). Wer das gehörig indossierte Papier erwirbt, der erwirbt damit auch die Hypothek. Die Eintragung einer einheitlichen Hypothek für indossable kaufmännische Teilschuldverschreibungen, die an Ordre lauten, ist, ebenso wie die in § 51 Abs. 1 Gr.O. nur für solche auf den Inhaber erwähnte Hypothek, zulässig.

ββ) Bei einer derartigen Sicherungshypothek ist die, die Eintragung ins Grundbuch erfordernde Bestellung eines Vertreters (§§ 164 ff.) für den jeweiligen Gläubiger zulässig (vgl. noch §§ 43, 44 Gr.O.). Die Befugnis des Vertreters kann nur dahin gehen:

$α_2$) die bestimmten, also nur die näher bezeichneten Ver-

[1]) Vgl. noch § 1287; Art. 91 E.G.; § 848 C.P.O.; § 54 R.G.F.G.

[2]) Vgl. § 51 Gr.O.

fügungen über die Hypothek mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger zu treffen, z. B. die Hypothek zu kündigen oder zu belasten oder einen Verzicht auf die Hypothek zu erklären.

β_2) den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek, z. B. im Prozeß- oder Vollstreckungsverfahren, zu vertreten.

Aus der Befugnis eines solchen Vertreters zur Vornahme einer Verfügung folgt seine Verpflichtung zu ihrer Vornahme, wenn der Grundstückseigentümer sie von dem Gläubiger selbst, z. B. auf Grund des § 1169 einen Verzicht, zu verlangen berechtigt ist (§§ 1187 bis 1189).

β) bei Vorbehalt der Feststellung der Forderung unter alleiniger Bestimmung des Höchstbetrages der Grundstückshaftung (Kautions-Maximal-Ultimathypothek). Dieser Höchstbetrag, welcher die gesamte zugrunde liegende Forderung, nicht bloß das Kapital, sondern auch die Zinsen — die Angabe des Zinssatzes ist deshalb nicht geboten —, nicht aber die Kosten (§ 1118) in sich begreift, muß in das Grundbuch eingetragen werden. Die Hypothek gilt alsdann als Sicherungshypothek (vgl. § 1187), auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist. Befriedigung aus dem Grundstück kann nur für den Höchstbetrag und die bezeichneten Kosten verlangt werden (§ 1190). Eine solche Maximalhypothek kann nicht nur zur Sicherheit für die Forderungen eines Gläubigers, sondern gleichzeitig für die Forderungen verschiedener Gläubiger dergestalt bestellt werden, daß die Hypothek für die Forderungen des einen Gläubigers erst dann und nur dann haften soll, wenn und insoweit der eingetragene Höchstbetrag die Forderungen des anderen Gläubigers übersteigt (R.G. R. 01 S. 535, Joh. 22 S. 161).

Die Geltendmachung des Hypothekenanspruchs in bestimmter Höhe hängt hier von dem Nachweis dieses Betrages aus dem in dem Eintragungsvermerk angegebenen persönlichen Schuldverhältnis (Joh. 5 S. 159) ab (§§ 1185 Abs. 2, 1138); die Berufung auf die Eintragung reicht zum Nachweise hier nicht aus.

Die Übertragung der Forderung kann gemäß § 1154 Abs. 3 durch dinglichen Vertrag und Eintragung erfolgen, und zwar noch vor ziffermäßiger Feststellung der Forderung (R.G. Joh. 24 S. 253, R. 02 S. 347), sie kann aber auch in Gemäßheit der §§ 398 ff. vor sich gehen. Geschieht sie in dieser Weise, so ist der Übergang des dinglichen Hypothekenrechts ausgeschlossen, die Forderung allein geht über, während bei Wahl der ersteren Form das dingliche Recht mit der

Forderung zugleich notwendig übergeht (K.G. R. 02 S. 293). Vgl. noch § 837 Abs. 3 C.P.O.

Eine solche Maximalhypothek wird nur Eigentümerhypothek, wenn aus dem Verhältnis, für das sie bestellt ist, eine Forderung des Berechtigten nicht mehr besteht und nicht mehr entstehen kann (R.G. 51 S. 117, D.J.Z. 02 S. 118, R. 02 S. 237 u. S. 324, J.W. Beil. 02 S. 232, R. 03 S. 80);

γ) bei Ausführung der Zwangsvollstreckung sowie der Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück aus einem vollstreckbaren Schuldtitel laut §§ 866, 867, 870, 932, 936 ff., C.P.O. Auf Grund eines Vollstreckungsbefehls findet die Eintragung einer Sicherungshypothek nicht statt. Auf Grund eines anderen Schuldtitels, auch eines Arrestbefehls (§ 928 C.P.O.), darf eine Sicherungshypothek nur für eine 300 M. übersteigende Forderung eingetragen werden;

δ) für die Forderung des aus dem Bargebot zu befriedigenden Berechtigten gegen den Ersteher, sowie für die Forderung des für zahlungspflichtig erklärten, die Zahlung im Verteilungstermin auch bewirkenden Dritten gegen den Ersteher gemäß §§ 128 ff., 134 Zw.G.

X. Rentenschuld (§§ 1199 bis 1203) [1].

a) Begriff.

Die Rentenschuld ist eine Grundschuld [2]; die Bestellung erfolgt in der Weise, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen — hierin allein liegt der Unterschied von der gewöhnlichen, auf ein Kapital, nicht eine Rente gerichteten, Grundschuld — eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Bei der Bestellung der Rentenschuld muß aber der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann; die Angabe der Ablösungssumme muß im Grundbuch erfolgen. Man hat zu fingieren, daß die letztere das Grundschuldkapital darstellt, die einzelnen Rentenbeträge aber die Zinsen desselben bilden. Deshalb finden auch auf die einzelnen Leistungen, wie nach § 1107 auf die einzelnen Reallastprästationen die für Hypothekenzinsen, z. B. auch § 1178, auf

[1]) Inhalts des Art. 35 A.G. finden die neben dem B.G.B. in Kraft bleibenden Vorschriften, die sich auf Hypotheken und Grundschulden beziehen, z. B. §§ 37, 38 Pr.G. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. 6, 74, § 17 Pr.G. betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen usw. v. 19. 8. 95, auf Rentenschulden entsprechende Anwendung.

[2]) Vgl. §§ 51 Abs. 2, 70 Gr.O.

die Ablösungssumme die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat deshalb die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld, d. h. der zahlende Eigentümer sukzediert in das Grundschuldrecht (§ 1143).

b) Ablösungsrecht.

1. Die Einräumung des Ablösungsrechts für den Gläubiger würde nichtig und deshalb nicht eintragungsfähig sein (§ 1201 Abs. 2). Letzterer kann jedoch die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verlangen

α) im Falle des § 1133 Satz 2 (Devastation),

β) im Falle der Kündigung des Grundstückseigentümers (§ 1202 Abs. 3).

Hieraus folgt, daß eine Belastung unzulässig ist, wonach mit der als Rente bezeichneten jährlich wiederkehrenden Geldleistung gleichzeitig die Ablösungssumme zu einem entsprechenden Betrag getilgt werden soll (R.G. Joh. 20 S. 212).

2. Dem Eigentümer steht das Recht zur Ablösung ipso iure zu (§ 1201 Abs. 1); er kann jedoch dasselbe erst nach vorgängiger Kündigung — die Kündigungsfrist beträgt mangels anderweiter Bestimmung 6 Monate — ausüben. Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur soweit zulässig, daß der Eigentümer nach 30 Jahren (vgl. jedoch Art. 117 E. G.)[1] unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann (§ 1202 Abs. 1 u. 2).

§ 80.

Pfandrecht (§§ 1204 bis 1296).

I. Begriff.

Das Pfandrecht ist das dem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung eingeräumte dingliche Recht, vermöge dessen er befugt ist, aus dem Gegenstande desselben seine Befriedigung zu suchen.

[1]) Bei Rentenschulden wie bei Hypothekenforderungen und Grundschulden kann das Kündigungsrecht des Eigentümers nach Art. 32 A. G. nur soweit ausgeschlossen werden, daß der Eigentümer nach 20 Jahren unter Einhaltung einer 6monatigen Frist kündigen kann. Kapitalien, die am 1. 1. 00 auf einem Grundstück oder einer Gerechtigkeit angelegt sind und bisher seitens des Schuldners unkündbar oder erst nach einer längeren als 20jährigen Frist kündbar waren, können nach dem Ablauf von 20 Jahren seit dem 1. 1. 00 unter Einhaltung einer 6monatigen Frist gekündigt werden, sofern nicht nach den bisherigen Gesetzen die Kündbarkeit schon vorher eintritt.

a) Objekt des Pfandrechts kann nur sein

1. eine bewegliche Sache, deshalb auch trotz §§ 864, 870 Abs. 2 C.P.O., §§ 162 ff. Zw.G. ein im Schiffsregister eingetragenes Schiff, sowie eine Schiffspart (§ 858 C.P.O.), ferner ein Inhaberpapier (§ 1293), nicht jedoch eine bloße Legitimationsurkunde ohne selbständigen Veräußerungswert (R.G. 29 S. 301, 51 S. 83, J.W. Beil. 02 S. 223, R. 02 S. 292), dagegen auch eine fruchttragende Sache (§ 1213), sowie der Anteil eines Miteigentümers (§ 1258), nicht aber ein Grundstück (vgl. jedoch § 810 C.P.O.). Hypothek und Grundschuld (Rentenschuld) werden als Pfandrechte nicht bezeichnet[1]), ein antichretisches Pfandrecht an einem Grundstück kann nicht mehr begründet werden (R.G. 47 S. 57 ff.),

2. ein Recht, insbesondere auch eine Forderung, ferner eine Grundschuld (Rentenschuld), ein Wechsel oder sonstiges indossables Papier (§ 1294); soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ebensowenig ein Pfandrecht daran wie der Nießbrauch (§ 1069 Abs. 2) bestellt werden (§ 1274).

b) Die Existenz einer Forderung — eine künftige oder bedingte genügt — ist eine begrifflich notwendige Voraussetzung des Pfandrechts; dasselbe bezweckt, dem Gläubiger für die Erfüllung dieser Forderung Realsicherheit zu bieten; es hat einen abhängigen akzessorischen Charakter (R.G. 30 S. 215), indem nicht bloß seine Entstehung für den dritten Gläubiger wie bei der Hypothek, sondern auch sein Fortbestand (R.G. 1 S. 187) durch die Gültigkeit der obligatorischen causa bedingt ist (§ 1252). Deshalb kann der Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber, wie nach § 1137 der Eigentümer gegen die Hypothek, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung, sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen, ohne sie durch den Verzicht des persönlichen Schuldners zu verlieren; er kann sich jedoch beim Tode des persönlichen Schuldners auf die beschränkte Haftung des Erben für die Schuld nicht berufen (§ 1211). Vgl. auch § 768.

c) Der Pfandgläubiger realisiert sein Recht, indem er Befriedigung aus dem Pfandgegenstande sucht; er hat im Konkurse ein Absonderungsrecht (§§ 48, 49 Nr. 2 K.O.). Der Verpfänder haftet, wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, nicht

[1]) Der Eigentümer, auf dem eine verpfändete Hypothek haftet, kann sich auf die §§ 1225, 1249 bei Befriedigung des Pfandgläubigers nicht berufen (R.G. R. 03 S. 361).

obligatorisch; er ist aber, in gleicher Weise auch, unter entsprechender Anwendung des § 268 Abs. 2, 3, jeder Dritte, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an demselben verlieren würde (§ 1249), z. B. ein Nießbraucher oder jüngerer Pfandgläubiger gemäß § 1242 Abs. 2, zur Befriedigung[1]) des Gläubigers berechtigt, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§§ 1223, 1224).

Dem Pfandgläubiger kann auch die Berechtigung zur Ziehung der Nutzungen des Pfandes eingeräumt werden. Bei Übergabe einer von Natur fruchttragenden Sache zum Alleinbesitz des Pfandgläubigers ist dessen Berechtigung zum Fruchtbezuge im Zweifel anzunehmen (§ 1213); diese Auslegungsregel findet bei dem Pfandrecht an einem Rechte nicht statt (§ 1273 Abs. 2).

d) Das Pfandrecht ist eine dingliche Belastung des Gegenstandes, eine causa rei; es geht mit diesem auf jeden Nachfolger des Verpfänders über. Besteht das Pfandrecht an mehreren Gegenständen, so haftet jeder für die ganze Forderung (§§ 1222, 1273 Abs. 2).

II. Entstehung.

Das Pfandrecht entsteht durch rechtsgeschäftliche Begründung, aber auch durch Pfändung gemäß §§ 803 ff. C.P.O. und kraft Gesetzes; ein solches gesetzliches Pfandrecht ist z. B. das des Grundstücksvermieters oder Verpächters (§§ 559 ff., 581 Abs. 2, 585), das des Grundstückspächters (§ 590), das des Gastwirts nach § 704. Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht, nicht über seine Bestellung, finden auf ein kraft Gesetzes bereits entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung (§ 1257). Der Vermieter erwirbt deshalb an Sachen, die nicht dem Mieter gehören, ein Pfandrecht trotz seines guten Glaubens nicht (R.G. R. 02 S. 483).

a) Die rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache erfolgt durch dinglichen Vertrag und Übergabe, nämlich dadurch,

1. daß der Eigentümer der Sache und der Gläubiger darüber einig sind, daß letzterem das Pfandrecht zustehen soll, — diese Einigung genügt, wie nach § 929 Satz 2 und § 1032, wenn der Gläubiger bereits im Besitze der Sache ist, —

[1]) Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen wie bei der Hypothek (§ 1142), wenn die Voraussetzungen für diese Tilgungsmodi vorliegen.

2. daß ersterer dem letzteren die Sache auch übergibt (§ 1205 Abs. 1). Die Übergabe durch const. poss. ist abweichend von den §§ 930, 1032 hier ausgeschlossen. Dagegen kann die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers (§§ 868, 871) befindlichen, z. B. vermieteten oder hinterlegten Sache dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt, z. B. durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe gemäß § 870, und außerdem die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer, also z. B. dem Mieter oder Verwahrer, anzeigt (§ 1205 Abs. 2. Die Anzeige an einen Besitzdiener genügt nicht.

An Stelle der Übergabe der Sache genügt auch die Einräumung eines qualifizierten, die selbständige Verfügung des Eigentümers ausschließenden Mitbesitzes[1]), nämlich, wenn

entweder die Sache sich unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet,

oder, falls sie im Besitze eines Dritten (Treuhänders) ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann (§ 1206).

α) Ist der Verpfänder nicht der Eigentümer der Sache, gehört sie ihm nicht, so entsteht dennoch unter entsprechender Anwendung der §§ 932, 934, 935 (Eigentumserwerb), vgl. auch § 1032 (Nießbrauch), ein wirksames Pfandrecht; der gutgläubige Erwerber wird geschützt, sofern nicht die verpfändete Sache dem Eigentümer oder dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen war (R.G. 54 S. 71, J.W. Beil. 03 S. 62).

β) Ist die verpfändete Sache mit dem Rechte eines Dritten, z. B. Nießbrauch, oder auch einem anderen Pfandrecht (vgl. jedoch § 804 Abs. 3 C.P.O.) belastet, so geht das neue Pfandrecht entsprechend dem § 1032 (Nießbrauch) — anders § 936 — dem älteren Rechte vor. Diese Wirkung tritt nicht ein, wenn der Pfandgläubiger — die Beweislast für den Ausnahmefall trifft den anderen Teil — zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechts des Dritten nicht in gutem Glauben ist; die §§ 932 Abs. 1 Satz 2,

---

[1]) Die ausschließliche Verfügungsmacht des Verpfänders muß beseitigt werden. Unter dieser Voraussetzung ist die Verpfändung der zu einer Sachgesamtheit gehörenden einzelnen Sachen unter der Inbegriffsbezeichnung in der Weise statthaft, daß die bestimmungsgemäß veräußerten Sachen aus der Pfandhaft aus- und die neu angeschafften in die Pfandhaft eintreten (R.G. 53 S. 220, J.W. Beil. 03 S. 20, R. 03 S. 181).

935, 936 Abs. 3 finden entsprechende Anwendung (§ 1208). Vgl. noch §§ 366, 367 H.G.B. — Dagegen findet ein Schutz der bona fides des Erwerbers eines Pfandrechts an einem Rechte nur nach Maßgabe allgemeiner Vorschriften statt (§ 1273 Abs. 2).

Im übrigen bestimmt sich der Rang des Pfandrechts, auch wenn es für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt ist, nach der Zeit der Bestellung, so daß der Altersvorzug entscheidet (§§ 1208, 1209),

b) das Pfandrecht an einem Rechte wird nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften, z. B. §§ 398 ff., 1154 ff.[1]) bestellt; ist zur Übertragung des Rechtes die Übergabe einer Sache, z. B. nach §§ 792 Abs. 1, 1154 Abs. 1, 1192 Abs. 1, erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 (oben IIa) Anwendung. Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der bloße Abtretungsvertrag genügt, also nicht noch ein anderes Moment, z. B. Aushändigung einer Urkunde, gehört, ist nur wirksam, wenn der verpfändende Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt; dem Vertrage muß also die Anzeige notwendig hinzutreten (§§ 1274, 1280). Erst durch diese Benachrichtigung entsteht das Pfandrecht (R.G. R. 03 S. 43).

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen indossablen Papiers genügt jedoch die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers, sowie die Übergabe des indossierten Papiers (§ 1292)

III. Umfang.

a) Wofür haftet das Pfand? (§§ 1210, 1211).

Die Haftung tritt ein (vgl. noch § 1264)

1. für die versicherte Forderung in deren jeweiligem Bestande, insbesondere auch für rechtsgeschäftliche und gesetzliche Zinsen und Vertragsstrafen[2]); sie wird durch ein von dem persönlichen Schuldner, der nicht der Pfandeigentümer ist, nach der Verpfändung vorgenommenes Rechtsgeschäft, dem § 767 entsprechend nicht erweitert. Der Verpfänder kann vielmehr dem Pfandgläubiger gegenüber die Unwirksamkeit und das Erlöschen der Forderung, aber auch wie nach § 1137 der Eigentümer gegen die Hypothek, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung, sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Ein-

---

[1]) Die Formvorschrift des § 15 Abs. 3 R.G. v. 20. 4. 92 gilt auch für die Verpfändung von Geschäftsanteilen (R.G. 53 S. 108, J.W. Beil. 03 S. 19, R. 03 S. 181).

[2]) Vgl. § 767 (Bürgschaft).

reden ohne Rücksicht darauf, ob der persönliche Schuldner auf sie verzichtet, geltend machen[1]);

2. für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz an Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (vgl. auch § 1118, dazu § 767 Abs. 2), sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.

b) Wieweit haftet das Pfand? (§§ 1212 ff.).

Das dingliche Recht ergreift den Pfandgegenstand als Ganzes, nicht bloß eine Wertparzelle, und erstreckt sich auch auf die abgetrennten Erzeugnisse, bei dem Schiffspfandrecht auf das Schiffszubehör mit Ausnahme der nicht ins Eigentum des Schiffseigentümers gelangten Zubehörstücke (§§ 1265, 1272), bei einer Forderung auf deren Zinsen, in Ansehung eines Wertpapieres aber auf die zu dem Papier gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind (§ 1296). Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung (§ 1222).

IV. Wirkung.

a) Rechte des Pfandgläubigers.

1. Der Pfandgläubiger ist zur Ziehung der Nutzungen des Pfandes an sich nicht berechtigt. Doch kann die Bestellung des Pfandrechts mit dieser Erweiterung erfolgen (Nutzungspfandrecht); im Zweifel gebührt dem Pfandgläubiger kraft seines dinglichen Rechts solche Berechtigung zum Fruchtbezuge, wenn ihm eine von Natur fruchttragende Sache zum Alleinbesitz übergeben ist (vgl. dagegen § 1273 Abs. 2).

2. Macht der Pfandgläubiger[2]) Verwendungen auf das Pfand, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 ff.). Der Pfandgläubiger ist auch zur Wegnahme einer Einrichtung (§ 258), mit der er das Pfand versehen hat, gemäß § 1216 befugt (vgl. auch § 1226).

3. Der Pfandgläubiger ist bei Fälligkeit der ganzen Forderung oder eines Teils derselben, wenn aber der geschuldete Gegenstand nicht in Geld besteht, erst nach Übergang der Forderung in eine Geld-

[1]) Vgl. § 768.

[2]) Wegen Nießbrauch vgl. § 1049.

forderung, zum Verkaufe des Pfandgegenstandes befugt (§ 1228 Abs. 2). Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger bei seiner Nichtbefriedigung oder nicht rechtzeitiger Befriedigung das Eigentum an dem Pfand oder das verpfändete Recht zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig[1]) (§§ 1229, 1277). Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger mangels anderweiter Bestimmung diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen; er kann nur so viele Pfänder zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind (vgl. auch § 803 Abs. 1 C.P.O.).

α) Ist der Pfandgläubiger nicht im tatsächlichen Alleinbesitze des Pfandes, sondern nur unmittelbarer Mitbesitzer, so kann er nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern. Auf Verlangen des Verpfänders hat an Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen; letzterer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen. Der Pfandgläubiger seinerseits ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben; ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen (§§ 1231, 1232). Dagegen ist bei Existenz mehrerer Pfandrechte an einer Forderung, insbesondere auch an einer Grundschuld oder Rentenschuld (§ 1291), nur derjenige Pfandgläubiger zur Einziehung berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht (§ 1290).

β) Die Berechtigung zum Pfandverkauf hängt nach dem Vorgange des gem. Rechts weder von der Erlangung eines vollstreckbaren Titels ab, noch von einer gerichtlichen Ermächtigung. Doch kann der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe und dessen Zubehör (§ 1268) und einer Schiffspart (§ 1272), sowie mangels anderweiter, beispielsweise vertragsmäßiger, Bestimmung seine Befriedigung aus einem verpfändeten Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen (§§ 1277, 1282 Abs. 2). Er ist jedoch auch ohne einen solchen Titel[2]), aber erst nach Eintritt

[1]) Vgl. § 1149 (Hypothek).

[2]) Eine anderweite Vereinbarung des Pfandgläubigers und Gläubigers ist zulässig.

der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 (vgl. jedoch § 1294), zur selbständigen Einziehung, mithin nicht zum Verkaufe, (vgl. aber § 1295) einer verpfändeten Forderung, also auch einer Grundschuld und Rentenschuld (§ 1291), sowie zu dem Verlangen berechtigt, daß ihm eine verpfändete Geldforderung (Grundschuld, Rentenschuld) an Zahlungsstatt abgetreten wird (§§ 1282 Abs. 1, 1284).

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer sich verschafft, was ihm freisteht, so kann er den Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften (vgl. §§ 814 ff. C.P.O.) bewirken lassen. Die Regel aber bildet der Verkauf durch den Pfandgläubiger ohne vorausgehende richterliche Prüfung nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen (§§ 1233 ff.); bei dem Verkauf des Pfandes gilt zugunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger von dem Gegenteil Kenntnis hat (§ 1248).

αα) Der Pfandgläubiger hat nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung dem Eigentümer unter Bezeichnung des Geldbetrages, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll, den Verkauf zunächst anzudrohen, die Androhung müßte denn untunlich sein.

ββ) Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung, bei deren Untunlichkeit nicht vor dem Ablauf eines Monats nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung, erfolgen (vgl. noch § 368 H.G.B.).

γγ) Der Verkauf ist im Wege öffentlicher Versteigerung (vgl. § 383 Abs. 3) zu bewirken[1]). Hat das Sachpfand oder ein verpfändetes indossabeles Papier (§ 1295) einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Pfandgläubiger gemäß § 1221 den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten[2]) Handelsmakler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise vornehmen lassen (vgl. auch § 385). Auf die Beobachtung dieser Vorschriften kann nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung verzichtet werden.

α_2) Die Versteigerung hat an dem Aufbewahrungs-

---

[1]) Vgl. Art. 41 A.G.

[2]) Vgl. Art. 13 A.G.

ort des Pfandes, wenn aber dort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, an einem geeigneten anderen Orte zu erfolgen.

β_2) Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes — ein Verzicht auf die Beobachtung dieser Vorschrift ist vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung unzulässig — öffentlich bekannt zu machen (vgl. auch § 816 Abs. 3 C.P.O.). Der Eigentümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen; die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist (§ 1237).

γ_2) Der Pfandgläubiger und der Eigentümer können bei der Versteigerung mitbieten (vgl. auch § 816 Abs. 4 C.P.O.). Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen. Das Gebot des Eigentümers und, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet, auch das des Schuldners, darf bei Nichtbarerlegung des Betrags zurückgewiesen werden (vgl. auch § 816 Abs. 4 C.P.O.).

δ_2) Bei dem Verkaufe des Pfandes muß die sofortige Barentrichtung des Kaufpreises und die Verwirkungsklausel (vgl. § 360) festgesetzt werden. Der Kaufpreis gilt als von dem Pfandgläubiger empfangen, unbeschadet seiner Rechte gegen den Ersteher, wenn

entweder der Verkauf ohne die erwähnte Bestimmung erfolgt,

oder von dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung vor dem Schlusse des Versteigerungstermins trotz unterbliebener Barentrichtung des Kaufpreises kein Gebrauch gemacht wird.

ε_2) Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden; bei Nichtabgabe eines genügenden Gebots kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen (vgl. auch § 820 C.P.O.). Auf die Beobachtung dieser Vorschriften kann nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung verzichtet werden (§§ 1240, 1245 Abs. 2).

δ) Nicht rechtmäßig ist die Veräußerung des Pfandes bei einem Verstoß gegen die Vorschriften des § 1228 Abs. 2, des § 1230 Satz 2, des § 1235, des § 1237 Satz 1 oder des § 1240. Die Verletzung einer anderen für den Verkauf geltenden Vorschrift verpflichtet den Pfandgläubiger und zwar nur bei einem Verschulden lediglich

zum Schadenersatz (§ 1243). Dagegen bewirkt die rechtmäßig erfolgte Veräußerung des Pfandes:

αα) daß der Erwerber, auch der Pfandgläubiger, wenn ihm der Zuschlag erteilt wird, die gleichen Rechte erlangt, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte (vgl. §§ 929 ff.),

ββ) daß auch die dem Erwerber bekannten Pfandrechte sowie Nießbrauchsrechte an der Sache abweichend von § 936 Abs. 2 unter Surrogation des Erlöses (§ 1247) erlöschen; jedoch bleibt ein allen Pfandrechten im Range vorgehender Nießbrauch bestehen, weil regelmäßig der spätere Pfandgläubiger nur die belastete Sache veräußern kann (§ 1242).

Wird dagegen den Erfordernissen, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, nicht genügt, oder steht dem Veräußerer gar kein Pfandrecht an der veräußerten Sache zu, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 934, 936 (Erwerb in gutem Glauben), und zwar gemäß § 935 Abs. 2 selbst bei Besitzverlust wider Willen, alsdann entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung

entweder nach § 1233 Abs. 2, d. h. also auf Grund eines von dem Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf gegen den Eigentümer erlangten vollstreckbaren Titels nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften stattgefunden hat,

oder unter Beobachtung des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2, also mittelst öffentlicher Versteigerung oder durch einen öffentlichen Funktionär, erfolgt ist (§§ 1243, 1244).

ε) Eine Abweichung von dem regelmäßigen Verkaufsmodus kann

αα) von dem Eigentümer und Pfandgläubiger, soweit nicht der Verzicht auf Einhaltung einer Vorschrift gegen ius cogens verstoßen würde und deshalb ausdrücklich ausgeschlossen ist, vereinbart werden; steht einem Dritten an dem Pfande ein durch die Veräußerung erlöschendes Recht zu, so ist auch die Zustimmung dieses Dritten erforderlich (§ 1245),

ββ) mangels Einigung auf Verlangen eines Beteiligten durch richterliches Urteil (vgl. auch § 825 C.P.O.) angeordnet werden[1]), wenn der Verkauf in anderer Art nach billigem

[1]) Diese Vorschrift kommt auch im Falle des § 127 Abs. 1 K.O. zur Anwendung (K.G. Joh. 24 S. 3).

Ermessen den Interessen der sämtlichen Beteiligten mehr entspricht (§ 1246). Zur Anordnung ist das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen (K.G. Joh. 24 S. 3, R. 02 S. 509).

ζ) Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung desselben als von dem Eigentümer des Pfandes berichtigt und zwar auch in den Fällen des fingierten Empfanges des Kaufpreises (§§ 1238 Abs. 2, 1239 Abs. 1). Im übrigen tritt der Erlös, der in diesen letzteren Fällen als ein Anspruch des Pfandeigentümers an den Pfandgläubiger auf Zahlung des die Forderung übersteigenden Betrags erscheint, an die Stelle des Pfandes (§ 1247), so daß die durch die Veräußerung erloschenen dinglichen Rechte an dem Erlöse fortbestehen (Surrogationsprinzip).

b) Pflichten des Pfandgläubigers.

1. Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes (§ 1215), sowie zur unverzüglichen Anzeige von dessen drohendem Verderb, von der wegen Gefährdung der Sicherheit erfolgten Versteigerung gegenüber dem Verpfänder (§ 1220 Abs. 2, 3), von dem zum Zwecke der Realisierung des Rechts bewirkten Verkaufe und dessen Ergebnis an den Eigentümer (§ 1241) — die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist — verpflichtet; er ist, sofern er die Sache detiniert, unmittelbarer, der Verpfänder mittelbarer Besitzer (§ 868).

2. Beim Nutzungspfand ist der Gläubiger mangels abweichender Bestimmungen verpflichtet

α) für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen,

β) Rechenschaft abzulegen.

Der Reinertrag der Nutzungen wird — auch hier sind abweichende Bestimmungen zulässig — auf die geschuldete Leistung, zunächst jedoch auf etwa zu entrichtende Kosten und Zinsen, angerechnet (§ 1214).

3. Nach dem Erlöschen des Pfandrechts ist der Pfandgläubiger zur Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder verpflichtet. Der Verpfänder kann die Rückgabe gegen Befriedigung des Pfandgläubigers, welche auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung beim Vorliegen der Voraussetzungen für diese Tilgungsmodi erfolgen kann, verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1223).

V. Schutz

a) des Verpfänders.

1. Verletzt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort (vgl. auch §§ 553, 1054), so kann der Verpfänder

entweder die Hinterlegung des Pfandes auf Kosten des Pfandgläubigers bzw. Ablieferung eines nicht hinterlegungsfähigen Gegenstandes (§§ 372, 383) an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer

oder anstatt dieser Maßregeln die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers, bei einer unverzinslichen und noch nicht fälligen Forderung unter Abzug des Interusuriums (vgl. auch § 1133), verlangen (§ 1217).

2. Das Verlangen des Verpfänders nach Rückgabe des Pfandes ist schon gegen anderweitige Sicherheitsleistung (außer durch Bürgen) gerechtfertigt, wenn der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes zu besorgen ist (§ 1218).

b) des Pfandgläubigers (§§ 1219 bis 1221).

1. Der Pfandgläubiger ist bei Gefährdung seiner Sicherheit durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Wertes befugt, das Pfand öffentlich versteigern zu lassen (§ 1219 Abs. 1), und wenn dasselbe einen Börsen- oder Marktpreis hat, den Verkauf entsprechend dem § 385 auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten[1]) Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise zu bewirken (§ 1221); vgl. noch § 1235 Abs. 2.

α) Die Versteigerung muß dem Verpfänder vorher angedroht und ihm im Falle der Wertminderung zur Leistung anderweiter Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt werden. Die Androhung und die Fristbestimmung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind, erstere auch, wenn das Pfand dem Verderben ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist.

β) Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes (Surrogationsprinzip); derselbe ist auf Verlangen des Verpfänders zu hinterlegen.

---

[1]) Vgl. Art. 13 A.G.

2. Bei Beeinträchtigung des Rechts des Pfandgläubigers finden, wie beim Nießbrauch (§ 1065), die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften (§§ 985 ff.) entsprechende Anwendung (§ 1227). Der Gläubiger kann hiernach die Herstellung des dem Inhalt seines Rechtes entsprechenden Zustandes verlangen, er kann nicht bloß negatorisch klagen (§ 1004), sondern auch von dem Besitzer die Herausgabe verlangen (§§ 985 ff. cit.), soweit ihm der Besitz zusteht; auch der Feststellungsanspruch aus § 256 C.P.O. ist zulässig.

VI. Übertragung (§§ 1250, 1251).

a) Aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts ergibt sich, daß dasselbe nicht ohne die ihm zugrunde liegende Forderung rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes übertragen werden kann, und daß es mit der Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger von selbst, insbesondere ohne Tradition, übergeht; wird dieser Übergang ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht (vgl. oben S. 380).

b) Der neue Pfandgläubiger hat gegen den bisherigen Pfandgläubiger den Anspruch auf Herausgabe des Pfandes. Er tritt in Anlehnung an § 571 (Miete) mit der Erlangung des Besitzes an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein, z. B. zur Verwahrung des Pfandes aus § 1215; für den von ihm zu ersetzenden Schaden haftet jedoch, außer in den Fällen des Legalübergangs der Forderung und der Abtretung auf Grund gesetzlicher Verpflichtung, der bisherige Pfandgläubiger wie ein selbstschuldnerischer Bürge (§ 773 Nr. 1).

c) Soweit der Verpfänder, der nicht der persönliche Schuldner ist, den Pfandgläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über (vgl. § 1256), wobei die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 entsprechende Anwendung finden (§ 1225).

VII. Aufhebung.

Das Pfandrecht erlischt

a) mit der Forderung, für die es besteht (§ 1252) (vgl. noch § 1222), unbeschadet der Vorschrift des § 223,

b) bei Übertragung der Forderung unter Ausschluß des Übergangs des Pfandrechts (§ 1250 Abs. 2),

c) wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer, nicht einem Dritten, zurückgibt (§ 1253), wobei der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts unwirksam ist. Vgl. § 1278.

1. Die Vermutung der Rückgabe ist begründet, wenn das Pfand entweder im Besitze des Verpfänders oder Eigentümers sich befindet, oder aber durch die Hände des Verpfänders oder Eigentümers nach der Entstehung des Pfandrechts in den Besitz eines Dritten gelangt ist. Vgl. § 1278.

2. Der Verpfänder wie der Eigentümer kann die Rückgabe des Pfandes verlangen, wenn dem Pfandrecht eine peremtorische Einrede entgegensteht (§ 1254). Ersterer kann diese Rückgabe gegen Befriedigung des Pfandgläubigers auch beanspruchen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1223 Abs. 2),

d) wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft; das Erlöschen tritt jedoch nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten, z. B. Nießbrauch, belastet ist. Das Pfandrecht gilt trotz der Vereinigung mit dem Eigentum ausnahmsweise als nicht erloschen, soweit der Eigentümer, z. B. wegen des Vorhandenseins jüngerer, den Wert der Sache erschöpfender Pfandrechte, ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des (älteren) Pfandrechts hat (§ 1256),

e) mit seiner rechtsgeschäftlichen Aufhebung, zu der die Aufgabeerklärung (Verzicht) des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer genügt und wenn das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, dessen Zustimmung erforderlich ist (§ 1255),

f) bei Untergang der Pfandsache; deshalb müssen etwaige Versicherungsgelder besonders verpfändet werden (Ob.Trib. 13 S. 243).

VIII. Besonderheiten.

a) In Ansehung des Pfandrechts an einer bewgelichen Sache, nämlich

1. an einer Miteigentumsquote (§ 1258).

α) Der Pfandgläubiger übt hier die aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung sich ergebenden Rechte aus.

β) Vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers — sein Recht zum Verkauf des Anteils bleibt unberührt

— kann die Aufhebung der Gemeinschaft nur von dem Miteigentümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden, während nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung letzterer allein ohne Zustimmung des Miteigentümers die Aufhebung fordern kann, ohne durch eine zwischen den Miteigentümern getroffene, das Aufhebungsrecht beschränkende Vereinbarung (§§ 749 ff.) gebunden zu sein,

2. an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe (§§ 1259 bis 1271) und an einer Schiffspart (§ 1272). Vgl. noch §§ 474 ff. H.G.B., Art. 12 E.G. dazu; R.G. v. 15. 6. 95; §§ 858, 864 ff., 895 C.P.O.; §§ 162 ff. Zw.G.; § 24 K.O.

α) Das Schiffspfandrecht bleibt ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache (vgl. noch §§ 931, 930 C.P.O.), obwohl es durch das Erfordernis der Eintragung ins Schiffsregister [1]), welche aber nur die Tradition ersetzen soll, Ähnlichkeit mit der Hypothek gewonnen hat, und in einzelnen Beziehungen dem Immobiliarrecht unterstellt ist. Die Vorschriften über das Mobiliarpfand finden jedoch insoweit keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben; in dem Falle des § 1254 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung des Pfandes zu verlangen.

β) Die Bestellung des Pfandrechts erfordert

$\alpha\alpha$) die Einigung des Schiffseigentümers und des Gläubigers, vgl. jedoch § 1270 (§ 1188),

$\beta\beta$) die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister.

α_2) Solange das Pfandrecht im Schiffsregister eingetragen ist, behält es im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes seine Kraft, auch wenn der Erwerber im guten Glauben ist.

β_2) Steht der Inhalt des Schiffsregisters in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann die Berichtigung des Registers nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften der §§ 894, 895, 897, 898 verlangt, und wenn ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht ist, ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters nach § 899 Abs. 2 mit der gleichen Wirkung eingetragen werden, wie wenn das Pfandrecht registriert wäre.

---

[1]) Vgl. noch Art. 29 Pr.G. F.G.

Die Bestellung des Pfandrechts kann auch unter alleiniger Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung, im übrigen unter Vorbehalt der Feststellung der Forderung erfolgen (§§ 1271, 1272).

γ) Das Rangverhältnis der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 879 bis 881 und des § 1151.

δ) Die Haftung des Schiffes beschränkt sich auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach dem eingetragenen Zinssatze; die Haftung für gesetzliche Zinsen und Kosten bestimmt sich nach § 1118.

ε) Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Schiffes, mit Ausnahme der nicht in das Eigentum des Schiffseigentümers gelangten Zubehörstücke, unter entsprechender Anwendung der §§ 1121, 1122.

ζ) Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Schiffe und dem Zubehör nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften (§§ 162ff. Zw.G.) suchen (§§ 1268, 1272).

η) Der Ausschluß des unbekannten Pfandgläubigers kann im Wege des Aufgebotsverfahrens nach Maßgabe der §§ 1170, 1171 erfolgen (§§ 1269, 1272)[1].

b) In Ansehung des Pfandrechts an Rechten (§§ 1273 bis 1296).

Auch auf dieses Pfandrecht finden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen mit den bereits hervorgehobenen Abweichungen entsprechende Anwendung, während sie für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere direkte Geltung besitzen (§ 1293). Hier ist noch einiges nachzutragen.

1. Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, z. B. eine Reallast (§§ 1105, 1111 Abs. 2), Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten (Drittschuldner) die im Falle der Übertragung des Rechts für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten geltenden Vorschriften (R.G. 52 S. 143) und bei einer nach § 1217 Abs. 1 getroffenen gerichtlichen Anordnung § 1070 Abs. 2 entsprechende Anwendung (§ 1275). Die Verpfändung

---

[1]) Vgl. noch Art. 1 IV § 21 A.G. z.R.G. v. 17. 5. 98 betr. Änder. der C.P.O.

wirkt deshalb gegen den Schuldner, wenn er von ihr auf irgend eine Weise Kenntnis erhalten hat (R.G. J.W. Beil. 02 S. 253).

2. Ein verpfändetes Recht kann rechtsgeschäftlich nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben oder in einer das Pfandrecht beeinträchtigenden Weise abgeändert werden (§ 1276).

3. Bildet ein Recht, zu dessen Verpfändung die Übergabe einer Sache erforderlich ist, z. B. eine verbriefte Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld (§ 1291), den Gegenstand des Pfandrechts, so bestimmt sich das Erlöschen des Pfandrechts durch Rückgabe der Sache unter sinngemäßer Anwendung des § 1253 (§ 1278).

4. Ist eine Forderung, darunter auch eine hypothekarisch gesicherte[1]), eine Grundschuld oder Rentenschuld (§ 1291), Gegenstand des Pfandrechts, so verbleibt die Gläubigerschaft bei dem Gläubiger dieser Forderung (Verpfänder) unter Beschränkung seiner Verfügungsbefugnis zugunsten des Pfandgläubigers. Das Rechtsverhältnis gestaltet sich deshalb mangels abweichender Vereinbarung des Gläubigers und des Pfandgläubigers, wie folgt:

α) Vor Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 (Verkaufsberechtigung).

αα) Bei Abhängigkeit der Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung bedarf der Forderungsgläubiger zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser zur Ziehung der Nutzungen berechtigt ist; die Kündigung des Schuldners aber muß, um wirksam zu sein, dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt werden (§ 1283 Abs. 1, 2). Die Kündigungsberechtigung wie die Einziehungsbefugnis steht dem Pfandgläubiger zu, wenn ein indossables Papier oder ein Inhaberpapier den Gegenstand des Pfandrechts bildet (§ 1294). — Ist die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten, so kann der Pfandgläubiger von dem Gläubiger die Kündigung und umgekehrt letzterer von ersterem,

[1]) Die Umschreibung oder Eintragung im Grundbuch bei der Pfändung einer Eigentümerhypothek hat die vorhergehende Eintragung des Eigentümers als Eigentümerhypothekars nicht zur Voraussetzung (R.G. Joh. 22 S. 271); aber die Entstehung der Eigentümerhypothek muß urkundlich nachgewiesen werden. Bezieht sich die Abtretung oder Verpfändung (Pfändung) nur auf einen Teil der Post, so ist sie nur buchungsfähig, wenn dieser Teil bestimmt ist (R.G. Joh. 24 S. 133).

sofern dessen Zustimmung erforderlich ist, die Zustimmung zur Kündigung verlangen (§ 1286).

ββ) Die Leistung des Schuldners kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen. Vgl. jedoch § 1294. Jeder von beiden kann deshalb, dem § 432 entsprechend, verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet oder statt der Leistung, daß die geschuldete Sache für beide hinterlegt (R.G. 52 S. 141) bzw., wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird (§ 1281)[1].

β) Nach Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 (Verkaufsberechtigung).

αα) Zur Kündigung der von einer solchen abhängigen Forderung ist auch der Pfandgläubiger berechtigt; für die Kündigung des Schuldners genügt die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger.

ββ) Der Pfandgläubiger ist unbeschadet seines Rechts, den Weg der Zwangsvollstreckung behufs seiner Befriedigung einzuschlagen (§ 1277), zur selbständigen Einziehung der Forderung (K.G. Joh. 23 S. 147), aber nicht zu ihrem Verkaufe befugt (§ 1282 Abs. 1)[1].

α_2) Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist; insoweit kann er auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungsstatt abgetreten wird.

β_2) Zu anderen Verfügungen über die Forderung, z. B. Abtretung, Aufrechnung, ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt (§ 1282 Abs. 2). Vgl. noch § 1074.

γγ) Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger leisten.

γ) Leistet der Schuldner an Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinschaftlich gemäß § 1281 (vgl. oben α ββ) oder gemäß § 1282 an den Pfandgläubiger allein (vgl. oben unter β γγ), so erwirbt gemäß § 1287 mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an demselben (Surrogationsprinzip), wenn aber die Leistung in der Übertragung des Grundstückseigentums besteht (mithin ohne Eintragung), eine Sicherungshypothek an diesem Grundstück (vgl. noch § 848 Abs. 2 C.P.O.).

Bildet eine Geldforderung den Gegenstand des Pfandrechts, so ist zu unterscheiden:

---

[1]) Vgl. § 1285 Abs. 2.

αα) Erfolgt die Einziehung in Gemäßheit des § 1281, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger einander zur Mitwirkung verpflichtet, daß der eingezogene Betrag, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird; die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger (§ 1288 Abs. 1).

ββ) Erfolgt die Einziehung in Gemäßheit des § 1282, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt (§ 1288 Abs. 2).

δ) Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so ist nur der bestberechtigte Pfandgläubiger zur Einziehung befugt (§ 1290).

Viertes Buch.

Familienrecht.

Erstes Hauptstück: Das Eherecht.

Erster Abschnitt: Die Eheschließung.

§ 81.

Das Verlöbnis (§§ 1297 bis 1302).

I. Begriff.

Der Eingehung der Ehe kann ein besonderes Eheverlöbnis (sponsalia de futuro) vorangehen, ein auch formlos gültiger Vertrag über die künftige Eheschließung der Kontrahenten: deren Geschäftsfähigkeit wird nach den §§ 104 ff., nicht nach den §§ 1303 ff. zu beurteilen sein. Erfüllungsort für den Verlöbnisvertrag ist der Ort, an dem die Trauung vorzunehmen ist oder vorgenommen werden soll (R.G. Gr. 03 S. 135, R. 03 S. 80).

II. Wirkung.

a) Ein klagbarer Anspruch auf Erfüllung, also auf Schließung der Ehe, und auf das Erfüllungsinteresse steht den Verlobten abweichend vom gem. Rechte nicht zu (ius cogens), diese Bestimmung hat rückwirkende Kraft (R.G. D.J.Z. 00 S. 503, R. 01 S. 311); das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall, daß die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist deshalb nichtig (§ 1297).

b) Zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses — die Schadensforderung verjährt in zwei Jahren von der Auflösung des Ver-

löbnisses an (§ 1302) — ist gegenüber dem anderen Verlobten und dessen Eltern sowie dritten Personen, welche an deren Stelle gehandelt haben (§§ 1298 Abs. 1 und 2, 1299), derjenige Teil verpflichtet[1]), welcher entweder ohne einen wichtigen Rücktrittsgrund einseitig zurücktritt,
oder durch ein, einen wichtigen Rücktrittsgrund bildendes Verschulden den Rücktritt des Mitkontrahenten veranlaßt.

Die Ablehnung eines Heiratsantrags eines zweiten Freiers seitens der verlobten Braut stellt nicht ohne weiteres eine das Vermögen berührende Maßnahme im Sinne des § 1298 dar (R.G. R. 02 S. 372, J.W. Beil. 02 S. 259).

c) Schenkungen unter Verlobten, sowie das zum Zeichen des Verlöbnisses Gegebene, unterliegen, falls die Eheschließung aus irgend welchem Grunde unterbleibt, in Anlehnung an das gem. Recht der Rückforderung nach Maßgabe der §§ 812 ff. Die Rückforderung findet mithin nicht statt, wenn der Geber ohne Grund zurücktritt oder den Rücktritt des Empfängers schuldhaft veranlaßt (§ 815). Im Zweifel ist der Konditionsanspruch, der in zwei Jahren von der Auflösung des Verlöbnisses an verjährt, aber auch dann ausgeschlossen, wenn diese Auflösung durch den Tod eines der Verlobten erfolgt.

§ 82.

Eingehung der Ehe (§§ 1303 bis 1322; Art. 13 ff., 40, 46, 198 E.G.; §§ 154, 155, 606 ff., 638 C.P.O.).

I. Ehehindernisse (Eheerfordernisse).

Die Eheschließung darf nur beim Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse vor sich gehen. Indessen bleiben einzelne Hindernisse auf die Gültigkeit der gleichwohl eingegangenen Ehe ohne Einfluß (impedimenta impedientia), während andere die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe zur Folge haben (impedimenta dirimentia).

a) Ehemündigkeit.

Ein Mann darf nicht vor dem Eintritte der Volljährigkeit[2]) (§ 2) — die Volljährigkeitserklärung (§§ 3 ff.) genügt —, eine Frau

[1]) Unter diesen Voraussetzungen kann eine unbescholtene Verlobte (R.G. 52 S. 46 ff.), welche ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen (§ 1300).

[2]) Vgl. Art. 7 E.G.

nicht[1]) vor der Vollendung des 16. Lebensjahres eine Ehe eingehen (§ 1303). Vgl. § 1325.

b) Einwilligung (§§ 182, 183) des gesetzlichen Vertreters.

Infolge des rechtsgeschäftlichen Charakters der Eheschließung bedarf ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Kontrahent (§§ 106, 114), also z. B. auch eine volljährige, wegen Verschwendung entmündigte Person, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, z. B. des Inhabers der elterlichen Gewalt; doch kann der hiernach erforderliche Konsens eines Vormundes bei dessen Weigerung auf Antrag des Mündels durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden (§ 1304). Vgl. §§ 1331, 1337. Die konsentierte Eheschließung einer über sieben Jahre alten, aber noch nicht volljährigen (a) weiblichen Person ist mithin gültig.

c) Elterliche Einwilligung (vgl. §§ 182, 183).

1. Bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs bedarf ein eheliches Kind, unabhängig von dem Konsens des etwa vorhandenen gesetzlichen Vertreters (b), auch der Einwilligung des Vaters, ein uneheliches der der Mutter; an die Stelle des Vaters tritt die Mutter, wenn der Vater

entweder gestorben ist — seinem Tode steht eine dauernde Unfähigkeit zur Abgabe einer Erklärung, sowie die dauernde Unkenntnis seines Aufenthalts gleich —

oder die aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte ihm nach § 1701 infolge Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung nicht zustehen.

Auch dem Tode der Mutter steht ihre dauernde Behinderung an der Abgabe einer Erklärung oder die dauernde Unkenntnis ihres Aufenthaltes gleich (§ 1305).

Einem an Kindesstatt angenommenen (§§ 1741 ff.) Kinde gegenüber steht die Einwilligung zur Eingehung einer Ehe an Stelle der leiblichen Eltern demjenigen zu, welcher das Kind angenommen hat. Die leiblichen Eltern erlangen auch nach Aufhebung des durch die Annahme an Kindesstatt begründeten Rechtsverhältnisses das Recht zur Einwilligung nicht wieder (§ 1306).

2. Die elterliche Einwilligung kann nicht durch einen (Willens-) Vertreter, also weder durch einen gesetzlichen Vertreter noch durch einen Bevollmächtigten, sondern muß durch den Vater oder die Mutter selbst

[1]) Befreiung ist zulässig (§ 1322).

erteilt werden. Ist der Vater oder die Mutter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§§ 106, 114), so genügt trotzdem ihr Konsens ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.

3. Auf Antrag eines volljährigen Kindes (a) kann die einem solchen verweigerte elterliche Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden (§ 1308).

d) Bigamie.

Niemand darf vor Auflösung (durch Tod oder Scheidung §§ 1564 ff.) oder Nichtigkeitserklärung (§§ 1329, 1343) seiner früheren Ehe eine neue Ehe eingehen; behufs Wiederholung einer vielleicht ungültigen Eheschließung ist aber die vorgängige Nichtigkeitserklärung nicht erforderlich. Wird gegen ein Urteil, durch das die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt wurde, die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 578 ff. C.P.O.) erhoben, so ist die Eingehung einer neuen Ehe vor Erledigung des Rechtsstreits unzulässig, es sei denn, daß die Klageerhebung verspätet erfolgt (§ 1309). Vgl. noch §§ 1326, 1348 ff.; Art. 159 E.G. Wird die eheliche Gemeinschaft nach § 1575 aufgehoben, so ist die Eingehung einer neuen Ehe trotzdem ausgeschlossen (§ 1586).

e) Verwandtschaft, Schwägerschaft.

Verpönt[1]) ist auch die Eheschließung zwischen Verwandten in gerader Linie, zwischen vollbürtigen oder halbbürtigen Geschwistern und zwischen Verschwägerten in gerader Linie (§§ 1589, 1590, 1705, 1719 ff., 1723 ff.), sowie zwischen Personen, von denen die eine mit Eltern, Voreltern oder Abkömmlingen der anderen Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hat; durch einen Verstoß gegen das letzterwähnte Verbot wird die Gültigkeit der trotzdem eingegangenen Ehe nicht berührt. Verwandtschaft besteht im Sinne dieser Vorschriften, abweichend von § 1589 Abs. 2, auch zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits. Während der Existenz des durch die Annahme an Kindesstatt begründeten Rechtsverhältnisses dürfen auch Adoptiveltern mit dem Adoptivkinde oder dessen Abkömmlingen (§§ 1741 ff.) eine Ehe nicht eingehen (§ 1311), ohne daß jedoch die trotzdem erfolgte Eheschließung nichtig wäre. Mit der Eheschließung tritt die Aufhebung des durch die Annahme zwischen ihnen begründeten Rechtsverhältnisses ein (§ 1771).

---

[1]) Vgl. § 1327.

f) Ehebruch.

Das Verbot der Eheschließung zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit welchem der geschiedene Ehegatte den Ehebruch begangen hat, ist dadurch bedingt, daß dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Scheidungsgrund festgestellt ist; Befreiung (Dispensation) ist zulässig (§§ 1312, 1322). Vgl. § 1328.

g) Wartezeit.

Eine Frau darf, außer im Falle der Dispensation, erst zehn Monate nach der Auflösung oder Nichtigkeitserklärung ihrer früheren Ehe eine neue Ehe eingehen, es sei denn, daß sie inzwischen geboren hat (§§ 1313, 1322). Die Verletzung dieses Eheverbots hat die Unwirksamkeit der erfolgten Eheschließung nicht zur Folge.

h) Sicherstellung der Kinder einer früheren Ehe.

Der überlebende Ehegatte darf, wenn er ein minderjähriges oder unter seiner Vormundschaft stehendes eheliches Kind hat, oder wenn im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein anteilsberechtigter Abkömmling minderjährig oder bevormundet ist, eine neue Ehe erst auf Grund eines vormundschaftsgerichtlichen Zeugnisses eingehen, wonach er die im § 1669 bzw. 1493 Abs. 2 bezeichneten Verpflichtungen erfüllt oder nicht zu erfüllen hat (§ 1314). Die trotz des Verbots erfolgte Eheschließung ist gültig.

i) Erlaubnis.

Militärpersonen und solche Landesbeamte[1]), für die landesgesetzlich zur Eingehung einer Ehe eine besondere Erlaubnis erforderlich ist, dürfen nicht ohne die vorgeschriebene Erlaubnis eine Ehe eingehen. Auch Ausländer[2]), für die landesgesetzlich eine Erlaubnis oder ein Zeugnis erforderlich ist, müssen diese Erlaubnis oder dieses Zeugnis beibringen (§ 1315). Die Eheschließung wird aber durch die Nichtbeachtung dieser Vorschriften in ihrer Wirksamkeit nicht berührt.

II. Form.

a) Der Eheschließung soll — Befreiung ist zulässig — ein Aufgebot vorhergehen, das seine Kraft verliert, wenn die Ehe nicht

---

[1]) Die Vorschriften, nach welchen für Standesbeamte und Geistliche zur Eingehung einer Ehe eine besondere Erlaubnis erforderlich ist, sind durch Art. 42 A.G. aufgehoben. Soweit nach § 40 R.Milit.G. v. 2.5.74 die Militärbeamten, einschließlich der Militärpfarrer, zu ihrer Verheiratung der Genehmigung ihrer Vorgesetzten bedürfen, wird hieran nichts geändert.

[2]) Vgl. Art. 43 A.G.

binnen 6 Monaten nach seiner Vollziehung geschlossen wird, das aber unterbleiben darf, wenn die lebensgefährliche Erkrankung eines der Verlobten den Aufschub der Eheschließung nicht gestattet (§§ 1316, 1322; Art. 46 E.G.).

b) An dem Prinzip der obligatorischen Zivilehe ist festgehalten. Die Ehe wird dadurch geschlossen, daß die Verlobten vor einem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen; der Standesbeamte muß zur Entgegennahme dieser Erklärungen, deren Abgabe unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung unzulässig ist, bereit sein (§ 1317). Als Standesbeamter gilt aber auch derjenige, welcher unbefugt das Amt eines solchen öffentlich ausübt, es sei denn, daß die Verlobten den Mangel der amtlichen Befugnis bei der Eheschließung kennen (§ 1319).

1. Die Ehe soll vor dem zuständigen Standesbeamten geschlossen werden (§§ 1320, 1321).

2. Der Standesbeamte soll bei der Eheschließung in Gegenwart von zwei Zeugen an die Verlobten einzeln und nach einander die Frage richten, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen und nach Bejahung der Frage aussprechen, daß sie kraft dieses Gesetzes nunmehr rechtmäßig verbundene Eheleute seien; er soll auch die Eheschließung in das Heiratsregister eintragen (§ 1318).

Allein die Wirksamkeit der Eheschließung, die bereits mit der gültigen Abgabe der Erklärungen der Verlobten, nicht in einem späteren Moment erfolgt, hängt von der Beobachtung dieser Sollvorschriften nicht ab, nur bei Verletzung der in § 1317 cit. vorgeschriebenen Form ist die Ehe nichtig (§ 1324).

§ 83.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe (§§ 1323 bis 1347, 1586, 1699 bis 1704).

Die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit entspricht den oben in § 19 erörterten allgemeinen Grundsätzen. Die aus dem Wesen der Ehe sich ergebenden Besonderheiten sollen hier noch genauer gewürdigt werden.

I. Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe.

a) Die Ehe ist nur in den Fällen der §§ 1324 bis 1328 nichtig, nämlich

1. bei Nichtbeobachtung der im § 1317 für die Eheschließung vorgeschriebenen Form. Die Ehe ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen (Konvaleszenz), wenn die Ehe in das Heiratsregister eingetragen ist und die Ehegatten nach der Eheschließung 10 Jahre oder bei früherem Tode eines von ihnen bis zu diesem Tode, aber mindestens 3 Jahre miteinander gelebt haben,

2. wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig (§ 104), vgl. oben § 13 II, war oder sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit (§ 105 Abs. 2) befand. Die Ehe ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn der Ehegatte sie nach dem Wegfalle des Nichtigkeitsgrundes, aber vor ihrer Nichtigkeitserklärung oder Auflösung bestätigt. Die Bestätigung bedarf im Gegensatz zu § 141 Abs. 1 nicht der für die Eheschließung vorgeschriebenen Form,

3. wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen (§§ 1329, 1343) Ehe lebte (1309)[1]; hiernach erscheint die im Falle der Todeserklärung eines Ehegatten von dem anderen geschlossene neue Ehe nicht als nichtig, wenn dieser allein, nicht auch sein Mitkontrahent, von der Unrichtigkeit der Todeserklärung Kenntnis hat,

4. wenn sie zwischen Verwandten oder Verschwägerten in gerader Linie, zwischen voll- oder halbbürtigen Geschwistern dem Verbote des § 1310 Abs. 1 zuwider geschlossen worden ist; Abs. 2 enthält nur ein impedimentum impediens, während Abs. 3 sich auf Abs. 1 und Abs. 2 bezieht, so daß die Ehe eines unehelichen Kindes und seines Vaters als nichtig gelten muß,

5. wenn sie wegen Ehebruchs nach § 1312 verboten war; bei nachträglicher Dispensation von diesem Eheverbote ist jedoch die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen.

b) Anfechtbar ist die Ehe nur

1. wegen Beschränkung eines Ehegatten in der Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 114) zur Zeit der Eheschließung oder im Falle des § 1325 zur Zeit der Bestätigung, wenn der Rechtsakt ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erfolgt ist (§ 1331); vgl. noch § 1364,

---

[1]) Vgl. §§ 1348, 1349.

2. wegen Irrtums (§§ 1332, 1333)[1]; vgl. oben S. 144,

3. wegen Betrugs, arglistiger Täuschung (§ 1334); vgl. oben S. 147,

4. wegen widerrechtlicher Drohung (§ 1335),

5. wegen Lebens des zu Unrecht für tot erklärten früheren Ehegatten gemäß § 1350.

II. Geltendmachung[2].

a) Während die Nichtigkeit grundsätzlich ipso iure eintritt, ex officio berücksichtigt wird und in jeder prozessual zulässigen Form auch von jedem Dritten gerügt werden kann, vgl. oben S. 161, kann eine nichtige Ehe regelmäßig nicht ohne weiteres als nichtig behandelt und ihre Nichtigkeit nicht inzidenter, sondern nur im Wege der Nichtigkeitsklage, gemäß §§ 606 ff. C.P.O., also in einem besonderen Verfahren geltend gemacht werden. Dies gilt für die unter Ia 2 bis 5 aufgeführten Nichtigkeitsgründe schlechthin, für eine wegen Formmangels nichtige Ehe (§ 1324) aber nur, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen ist; ist diese Eintragung unterblieben, so wird bei einem Verstoß gegen § 1317 nicht einmal der Schein einer gültigen Ehe hervorgerufen, so daß die Geltendmachung der Nichtigkeit hier in jeder beliebigen Weise erfolgen kann.

Der besonderen urteilsmäßigen Feststellung bedarf es auch in den anderen Fällen nicht, sobald die Ehe einmal, wenn auch aus einem anderen Grunde für nichtig erklärt oder z. B. durch den Tod oder Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung oder Scheidung aufgelöst ist; die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1575 steht hier der Auflösung nicht gleich (§ 1586). Immer aber hat das Urteil, welches die Nichtigkeit ausspricht, nur deklaratorische Bedeutung (R.G. 9 S. 214), da die Nichtigkeit schon vorher vorhanden, nur nicht ohne die Feststellung geltend zu machen war.

b) Die Anfechtung erfolgt vor der Auflösung der Ehe durch Erhebung der Anfechtungsklage, wenn die Ehe durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöst ist, durch eine in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgerichte ab-

[1] Der Irrtum über persönliche Eigenschaften kann auch die sittliche Bescholtenheit, den schlimmen Leumund des Ehegatten betreffen, z. B. den Umstand, daß dieser früher vor der Eheschließung der Päderastie gefrönt hat (R.G. 52 S. 308 ff., R. 03 S. 80, J.W. Beil. 02 S. 278, 285).

[2] Vgl. §§ 606 ff., 151, 152, 155 C.P.O.

zugebende Erklärung. Ist die Anfechtungsklage erhoben, so kann auch die vermöge der Anfechtung eingetretene Nichtigkeit bis zur erfolgten Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe nicht anderweit, also nicht inzidenter, geltend gemacht werden (§ 1343 Abs. 2). Die Anfechtung ist aber als nicht erfolgt anzusehen (§ 1341), wenn

entweder die Anfechtungsklage zurückgenommen

oder die angefochtene Ehe vor ihrer Nichtigkeitserklärung oder Auflösung nach Maßgabe des § 1337 genehmigt oder bestätigt wird.

1. Anfechtungsberechtigt ist derjenige Ehegatte, in dessen Person der Grund der Anfechtung liegt, im Falle des § 1350 jeder Ehegatte der neuen Ehe, es sei denn, daß er bei der Eheschließung von dem Leben des (zu Unrecht) für tot erklärten Ehegatten der früheren Ehe Kenntnis hatte. Die Anfechtung kann nur durch den anfechtungsberechtigten Ehegatten, nicht durch einen Vertreter (vgl. jedoch §§ 78, 613 C.P.O.) erfolgen (§ 1336 Abs. 1); ist der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§§ 106, 114), so bedarf er, wie der Vater oder die Mutter im Falle des § 1307, nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (vgl. § 612 C.P.O.). Ausnahmsweise steht jedoch die Ausübung des Anfechtungsrechtes dem gesetzlichen Vertreter zu:

α) für einen geschäftsunfähigen (§ 104) Ehegatten mit Konsens des Vormundschaftsgerichts (§ 1336 Abs. 2)[1]); ist die Anfechtung nicht rechtzeitig (§ 1339) erfolgt, so kann nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit der Ehegatte selbst die Ehe in gleicher Weise anfechten, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre (§ 1340),

β) in den Fällen des § 1331 (Mangel der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters) während der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 114) des anfechtungsberechtigten Ehegatten (vgl. 612 Abs. 1 C.P.O.); die Anfechtungsbefugnis seines Vertreters ist während dieser Zeit eine ausschließliche.

2. Anfechtungsbeklagter ist der andere Ehegatte der anfechtbaren Ehe. Vgl. noch § 612 C.P.O.

3. Die Anfechtungsfrist, auf welche die §§ 203, 206 entsprechende Anwendung finden, beträgt sechs Monate (§ 1339); sie beginnt in den Fällen des § 1331 (Mangel der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters) mit dem Zeitpunkt, in welchem die Eingehung oder

[1]) Vgl. § 612 Abs. 2 C.P.O.

die Bestätigung der Ehe dem gesetzlichen Vertreter bekannt wird oder der Ehegatte die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erlangt, in den Fällen der §§ 1332 bis 1334 (Irrtum, arglistige Täuschung) mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ehegatte den Irrtum oder die Täuschung entdeckt, in dem Falle des § 1335 (Drohung) mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in dem Falle des § 1350 (Wiederverheiratung nach Todeserklärung) mit dem Zeitpunkt, in welchem der anfechtende Ehegatte von dem Leben des für tot erklärten früheren Ehegatten Kenntnis erhält.

4. Ausgeschlossen ist die Anfechtung der Ehe

α) nach ihrer Auflösung; sie ist ausnahmsweise nicht ausgeschlossen, wenn die Auflösung durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten (§ 1342) herbeigeführt worden ist (§ 1338)[1],

β) in den Fällen des § 1331 (Mangel der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters), wenn der gesetzliche Vertreter die Ehe genehmigt (§ 184), oder der anfechtungsberechtigte Ehegatte nach Erlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit die Ehe bestätigt (§ 144),

γ) in den Fällen der §§ 1332 bis 1335 (Irrtum, Betrug, Drohung) mit der Bestätigung (§ 144 cit.) durch den anfechtungsberechtigten Ehegatten nach der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung oder dem Aufhören der Zwangslage (§ 1337, vgl. noch § 1341 Abs. 2),

δ) im Falle des § 1350[2] (Wiederverheiratung nach Todeserklärung), wenn

entweder der anfechtungsberechtigte Ehegatte nach Kenntnis von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten die neue Ehe bestätigt,

oder die neue Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst worden ist (§ 1350 Abs. 2).

III. Wirkung.

a) Eine nichtige Ehe gilt, unbeschadet der in der Regel erforderlichen besonderen Geltendmachung (II), als nicht geschlossen (R.G. J.W. Beil. 03 S. 111), vgl. auch §§ 2077, 2268, 2277; diese Unwirksamkeit tritt für und gegen alle ein (vgl. auch noch §§ 629, 632 C.P.O.).

---

[1]) Vgl. § 628 C.P.O.

[2]) Vgl. Art. 159 ff. E.G.

Aber auch die bloß anfechtbare Ehe, die zunächst alle Wirkungen einer gültigen Ehe äußert, wird infolge der Anfechtung (II) rückwärtshin mit dinglicher Wirkung (vgl. § 629 C.P.O.) materiell vernichtet und ist als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 1343 Abs. 1); hierbei wird (§ 1343 Abs. 2) die Kenntnis und das Kennenmüssen (§ 122 Abs. 2) der Anfechtbarkeit, wie nach § 142 Abs. 2, der Kenntnis oder dem Kennenmüssen der Nichtigkeit gleich erachtet (vgl. oben S. 164).

b) Die aus der Nichtigkeit der Ehe sich ergebenden Konsequenzen (a) erleiden Modifikationen

1. durch den Schutz gutgläubiger Dritter.

Einem Dritten gegenüber können aus der ursprünglichen oder infolge Anfechtung eingetretenen Nichtigkeit der Ehe Einwendungen

α) gegen ein zwischen ihm, dem Dritten, und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft,

β) gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit — den Ausnahmefall hat zu beweisen, wer sich auf die Nichtigkeit beruft —

entweder die Ehe bereits für nichtig erklärt,

oder wenigstens die Nichtigkeit dem Dritten bekannt, derselbe mithin bösgläubig war (§ 1344 Abs. 1).

Der Schutz des Dritten erstreckt sich hiernach nur auf die Wirksamkeit der bezeichneten Rechtsakte, auf ein von ihm mit oder gegenüber einer anderen Person als den Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft aber selbst dann nicht, wenn dessen Gültigkeit mittelbar von der Gültigkeit der Ehe abhängt. Dagegen ist es unerheblich, ob die rechtskräftige Entscheidung in einem von dem Dritten oder gegen ihn anhängig gemachten Rechtsstreite eines der Ehegatten der nichtigen Ehe erging.

Ohne jegliche Beschränkung kann die auf einem Formmangel beruhende Nichtigkeit der Ehe im Falle ihrer Nichteintragung ins Heiratsregister geltend gemacht werden, da hier nicht einmal dem äußeren Anschein nach eine gültige Ehe vorlag.

2. durch den Schutz eines gutgläubigen Ehegatten.

α) Befinden sich beide Ehegatten bei der Eheschließung (Putativehe) in gutem Glauben, so behält es bei den Folgen der Nichtigkeit, namentlich auch in erbrechtlicher Beziehung, sein Bewenden, während nach gem. Recht die nichtige Ehe für die gutgläubigen Ehegatten alle Wirkungen einer gültigen Ehe hat.

β) Kannte dagegen einer der Ehegatten bei Schließung der Ehe (Putativehe) ihre Nichtigkeit [1]), war er also damals bösgläubig, so kann der andere, gutgläubige Ehegatte — im Falle der Anfechtung wegen Drohung der anfechtungsberechtigte Ehegatte, im Falle der Anfechtung wegen Irrtums der zur Anfechtung nicht berechtigte Ehegatte, sofern er nicht den Irrtum kannte oder kennen mußte — das im § 1345 Abs. 1 bestimmte Recht ausüben. Er kann demzufolge nach der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung der Ehe verlangen, daß das Verhältnis der Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung, vgl. z. B. § 1478, insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht [2]) so behandelt wird, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder Auflösung geschieden und der bösgläubige Ehegatte für allein schuldig erklärt worden wäre. Vgl. noch §§ 1351, 1352; § 3 Abs. 2 K.O.; § 850 C.P.O.

αα) Der bösgläubige Ehegatte kann den berechtigten Ehegatten, unter Bestimmung einer angemessenen Frist, zur Erklärung darüber auffordern (§§ 116 ff., 130 ff.), ob er von dem vorerwähnten Rechte Gebrauch mache, oder ob es bei den aus der Nichtigkeit der Ehe sich ergebenden Folgen verbleiben solle.

ββ) Die von dem berechtigten Ehegatten vor oder nach der Aufforderung getroffene Wahl ist für ihn bindend (§ 1347 Abs. 1).

γγ) Das in Rede stehende Recht kann nach gesetzmäßiger Aufforderung nur bis zum Ablaufe der gestellten Frist ausgeübt werden (§ 1347 Abs. 2); es ist überhaupt ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist (§ 1345 Abs. 2).

3. durch die Bestimmungen über die Stellung der Kinder aus nichtiger Ehe (§§ 1699 ff.).

---

[1]) Dieser Kenntnis steht die Kenntnis der Anfechtbarkeit gleich, wenn die Anfechtung erfolgt (§ 1343 Abs. 1).

[2]) Vgl. §§ 1578 ff.

Zweiter Abschnitt: Wirkungen der Ehe.

A. Allgemeine Vorschriften.

§ 84.

Persönliche Rechtsbeziehungen (§§ 1353 bis 1362; Art. 14, 199 E.G.).

I. Lebensgemeinschaft.

Das persönliche Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten bestimmt sich nach dem aus dem sittlichen Inhalt der Ehe folgenden Grundsatz, daß die Ehegatten einander zur ehelichen, alle Lebensbeziehungen umfassenden Lebensgemeinschaft verpflichtet sind[1], in dieser aber bei Meinungsverschiedenheiten die Entscheidung dem Ehemanne zusteht (§§ 1353 Abs. 1, 1354 Abs. 1). Hieraus folgt insbesondere

a) Der Ehemann bestimmt Wohnort und Wohnung; abweichende Verträge über die Folgepflicht der Ehefrau sind deshalb als nichtig zu erachten (R.G. Gr. 01 S. 79, D.J.Z. 01 S. 97, R. 01 S. 562).

b) Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes (§ 1355), sie ist also zur Führung dieses Namens nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann nicht nur zur Beseitigung eines räumlichen Getrenntlebens, sondern in der Regel wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten, und zwar zum Zwecke der Herbeiführung eines dem Wesen der Ehe entsprechenden Verhaltens des anderen Teils erhoben werden. Der Ehemann kann deshalb unter Umständen verlangen, daß sich die bei ihren Eltern aufhaltende Ehefrau auf seine Kosten in eine Heilanstalt begibt, und er kann auch einen richterlichen Ausspruch herbeiführen, obschon die Erzwingung nicht möglich ist (R.G. 51 S. 182, J.W. 02 S. 315, R. 02 S. 350). Ausnahmsweise besteht die Verpflichtung, dem Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft Folge zu leisten, nicht, wenn

entweder dieses Verlangen sich als Mißbrauch des Rechts, als unvereinbar mit der rechten ehelichen Gesinnung darstellt (R.G. J.W. Beil. 02 S. 278, 03 S. 103)

oder der andere Ehegatte auf Scheidung zu klagen berechtigt ist (§ 1353

[1] Vgl. §§ 606 ff., § 888 Abs. 2 C.P.O., § 940 das. (R.G. 46 S. 384, 49 S. 368).

Abs. 2). Ist diese Klagebefugnis z. B. infolge Ablaufs der 6monatlichen Ausschlußfrist für die Erhebung der Scheidungsklage erloschen, so kann trotzdem die Verweigerung der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft aus dem ersten selbständigen Grunde des Rechtsmißbrauchs des Verlangens gerechtfertigt erscheinen (R.G. J.W. Beil. 03 S. 44, S. 87, R. 03 S. 154).

Ergibt sich der Mißbrauch aus dem festgestellten Sachverhältnis, so muß dies von Amts wegen berücksichtigt werden (R.G. J.W. Beil. 02 S. 272). Mißbrauch setzt nicht notwendig ein Verschulden voraus (K.G. R. 02 S. 293). Den auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft klagenden Ehegatten trifft der Vorwurf des Rechtsmißbrauchs, wenn er gar nicht die Absicht hat, mit dem anderen Ehegatten nach dessen Rückkehr in die häusliche Gemeinschaft das eheliche Zusammenleben wieder aufzunehmen (R.G. J.W. 01 S. 295). Eine ernstliche Willensänderung des Klägers auch während des Prozesses ist aber zu berücksichtigen (R.G. J.W. Beil. 02 S. 272, 273, 03 S. 71, R. 03 S. 18). Der Ehemann kann die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nur fordern, wenn er eine der Lebensstellung der Parteien angemessene Familienwohnung bereit hält (R.G. J.W. 01 S. 385) oder wenigstens darzulegen vermag, daß er, sobald die Ehefrau nur den ernstlichen Willen zur Wiederaufnahme der Ehegemeinschaft zu erkennen gibt, imstande sein würde, eine geeignete Ehewohnung sofort zu beschaffen (R.G. R. 01 S. 386). Die Unfähigkeit des Ehemannes, der Ehefrau oder auch sich selbst den erforderlichen Unterhalt zu verschaffen, gibt in der Regel der Ehefrau keinen gerechtfertigten Grund, dem Verlangen des Ehemannes auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht Folge zu leisten (R.G. J.W. 00 S. 517). Dagegen kann das Zusammenleben nicht zu einer Zeit gefordert werden, wo es infolge schuldvollen Verhaltens des Fordernden dem anderen Teil zur unerträglichen Last wird, wo insbesondere der Ehemann gegen die ehrenhafte und guten Leumundes sich erfreuende Frau in leichtfertiger Weise den Vorwurf des Ehebruchs erhebt.

Ebensowenig hat auch die Frau eine mißbräuchliche Entscheidung des Mannes in einer das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheit zu respektieren (§ 1354 Abs. 2); sie wird ihm deshalb, z. B. wenn er seinen Wohnsitz ohne Grund nach einer gesundheitsgefährlichen Gegend ins Ausland verlegt, nicht notwendig zu folgen haben. Vgl. noch § 1567 (bösliche Verlassung).

II. Schlüsselgewalt.

Die Frau ist zur Leitung des gemeinschaftlichen Haus-

wesens nicht bloß verpflichtet, sondern auch berechtigt, so daß sie, wenn ihr der Ehemann durch einen Mißbrauch des ihm nach § 1354 Abs. 1 cit. zustehenden Entscheidungsrechts die ihr als Hausfrau gebührende Stellung zu beeinträchtigen sucht, diese Entscheidung nicht zu berücksichtigen braucht (§ 1354 Abs. 2). Sie hat Arbeiten im Hauswesen, aber auch im Geschäfte des Mannes[1]) zu verrichten, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen der Ehegatten, ihrem Vermögen, ihrem Stande, Berufe, üblich ist (§ 1356). Ohne Rücksicht auf die Art des ehelichen Güterstandes ist sie innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises, nicht darüber hinaus, berechtigt, die tatsächlichen und rechtlichen Geschäfte des Mannes für dessen Rechnung zu besorgen und ihn auch zu vertreten, das heißt also in seinem Namen mit unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung für ihn zu handeln (Schlüsselgewalt), beispielsweise die für den Hausstand erforderlichen männlichen und weiblichen Dienstboten anzunehmen. Der Fortbestand der häuslichen Gemeinschaft bildet nicht eine notwendige Voraussetzung ihrer Berechtigung. Die von ihr innerhalb dieses Wirkungskreises vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt, als im Namen des Mannes, abweichend von § 164 Abs. 2 nicht im eigenen Namen, vorgenommen (§ 1357 Abs. 1). Einer hiernach möglichen Gefährdung seiner Lebens- und Vermögensverhältnisse kann der Ehemann durch eine — Dritten gegenüber allerdings nur bei Eintragung ins Güterrechtsregister oder Kenntnis nach Maßgabe des § 1435 wirksame — Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt vorbeugen; stellt sich diese Beschränkung oder Ausschließung als Mißbrauch des Rechts des Mannes dar, so kann sie auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden (§ 1357 Abs. 2).

III. Persönliche Leistungen der Ehefrau.

Die Ehefrau als solche ist in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt; sie kann sich deshalb auch einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung, z. B. durch einen Dienst- oder Werkvertrag, durch einen Auftrag oder ein Gesellschaftsverhältnis verpflichten. Durch eine solche Tätigkeit der Frau dürfen aber die ehelichen Interessen nicht beeinträchtigt werden. Deshalb steht dem Ehemann mit vormundschaftsgerichtlicher Ermächtigung die Be-

[1]) Für Warenbestellungen haftet sie auch persönlich, wenn ihr und des Verkäufers Vertragswille hierauf gerichtet war (R.G. D.J.Z. 02 S. 547).

fugnis zu, ein derartiges von der Ehefrau eingegangenes Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzukündigen und damit für die Folgezeit aufzuheben. Vgl. noch Art. 95 E.G.

Das Kündigungsrecht hat wie z. B. die elterliche Einwilligung, die Anfechtung der Ehe (§§ 1307, 1336), einen rein persönlichen Charakter, gestattet also eine Vertretung nicht. Es steht dem Manne während der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft überhaupt nicht zu; es ist aber auch sonst ausgeschlossen, wenn

entweder der Mann der Verpflichtung der Frau persönlich zugestimmt hat,

oder seine Zustimmung auf Antrag der Frau bei nicht berechtigter Weigerung des Mannes oder Verhinderung in einem dringlichen Falle durch das Vormundschaftsgericht ersetzt wurde (§ 1358).

IV. Haftung.

Die Haftung der Ehegatten, des Mannes wie der Frau, bei der Erfüllung der aus dem ehelichen Verhältnis sich ergebenden Verpflichtungen beschränkt sich auf diejenige Sorgfalt, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (§§ 277, 1359); diese beschränkte Haftpflicht greift in Ansehung anderer, wenn auch aus Anlaß der Ehe, zwischen den Ehegatten begründeter Rechtsverhältnisse, z. B. Miete, Pacht, nicht Platz, vielmehr entscheiden hier die bezüglichen Sondervorschriften.

V. Unterhalt.

Aus der Verpflichtung des Mannes zur Tragung der ehelichen Lasten folgt seine Verpflichtung, der Frau ohne Rücksicht auf ihre Bedürftigkeit nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt, darunter auch Krankheits- und Kurkosten, zu gewähren (vgl. auch § 1418 Abs. 2), — über die Verpflichtung zur Tragung der Prozeß- und Verteidigungskosten entscheidet das eheliche Güterrecht, z. B. §§ 1387, 1416[1]) — auch wenn dadurch sein eigener standesgemäßer Unterhalt gefährdet wird (anders nach § 1603 Abs. 1). Was er hat, nicht bloß seine Einkünfte, muß er mit der Ehefrau teilen[2]),

[1]) Solange der Ehefrau das Armenrecht bewilligt ist, liegt kein Anlaß vor, dem Ehemanne durch einstweilige Verfügung die vorschußweise Berichtigung der Kosten aufzugeben, die der Anwalt der Frau für den Fall fordern könnte, daß der Frau das Armenrecht entzogen würde (R.G. J.W. Beil. 03 S. 98, R. 03 S. 239).

[2]) Der § 1611 Abs. 2 bleibt aber anwendbar (R.G. D.J.Z. 03 S. 429, J.W. Beil. 03 S. 81, S. 104).

letztere jedoch sich hiermit auch dann begnügen, wenn der Unterhalt hinter dem standesmäßigen und selbst dem notdürftigen zurückbleibt [1]). Andrerseits liegt aber auch der Ehefrau dem Manne gegenüber bei dessen verschuldetem oder unverschuldetem Unvermögen, sich selbst seiner Lebensstellung entsprechend zu unterhalten, nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit eine subsidiäre Unterhaltspflicht ob.

a) Der Unterhalt ist in Art und Form in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren. Vgl. aber auch § 1361; § 627 C.P.O. (tatsächliches Getrenntleben der Ehegatten). Die Voraussetzung des § 1361 Abs. 1 ist z. B. gegeben, wenn der Ehemann die Ehefrau verlassen hat und ihr die Aufnahme in seine neue Wohnung verweigert (R.G. J.W. Beil. 02 S. 215, R. 02 S. 263).

b) Die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Vorschriften der §§ 1605, 1613 bis 1615 finden entsprechende Anwendung (§ 1360). — Vgl. noch §§ 258, 323, 850 C.P.O.; § 3 K.O.

VI. Praesumtio Muciana.

Die praesumtio Muciana hat zugunsten der Gläubiger des Mannes Anerkennung gefunden, so daß dieselben bis zum Gegenbeweise die im Besitze eines der Ehegatten, also auch der Frau, oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen, insbesondere auch Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehene Orderpapiere als dem Manne gehörig beanspruchen können. Vgl. noch § 45 K.O. (Aussonderung).

Umgekehrt gilt für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte und zwar im Verhältnis sowohl der Ehegatten zu einander als auch zu den Gläubigern die durch Gegenbeweis widerlegbare Vermutung des Eigentums der Frau (§ 1362). Vgl. auch § 1366.

B. Das eheliche Güterrecht (Art. 15, 16, 200 E.G.)[2].

§ 85.

Gesetzliches Güterrecht (§§ 1363 bis 1431).

Das eheliche Güterrecht ist für das Reichsgebiet nach dem System der Verwaltungsgemeinschaft, in einzelnen Ausnahmefällen

[1]) Wegen Wegfalls und Beschränkung der Unterhaltungspflicht vgl. § 1361 Abs. 2 (R.G. J.W. Beil. 03 S. 87, R. 03 S. 402).

[2]) Der Wechsel der für den Güterstand maßgebenden Gesetze vollzieht sich in

(§§ 1426 ff.) nach dem System der Gütertrennung (Dotalsystem), einheitlich geregelt (gesetzliches Güterrecht), den Ehegatten jedoch die Befugnis einer abweichenden vertragsmäßigen Ordnung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen nach Maßgabe der §§ 1432 ff. (vertragsmäßiges Güterrecht) eingeräumt worden. Mit Rücksicht hierauf hat auch eine Regelung der wichtigsten noch in Betracht kommenden Güterstände (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft) stattgefunden; die Ehegatten können auf einen solchen Bezug nehmen und dadurch seine Geltung für ihre Ehe ermöglichen. Die vertragsmäßige Einführung eines gesetzlichen Güterstands ist ebenfalls nicht ausgeschlossen. Dagegen kann der Güterstand grundsätzlich nicht durch Verweisung auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden (§ 1433).

Ansehung der bestehenden Ehen mit einem am 1. 1. 00 in Preußen begründeten Wohnsitz von diesem Tage an, soweit nicht in den Art. 45 bis 46 A.G. ein späterer Zeitpunkt festgesetzt ist. Wird mithin dem neuen Rechte erst von der Zeit der Überleitung an Geltung beigelegt, so folgt hieraus, daß bis dahin alle Verhältnisse sich durchaus nach dem alten Rechte gestalten und die eingetretenen Rechtswirkungen auch für die Zukunft ihre Kraft behalten (Art. 44 A.G.). Die Überleitung selbst aber geschieht für die große Mehrzahl der bestehenden Ehen derart, daß mit dem 1. 1. 00 an die Stelle der bis dahin maßgebenden Vorschriften die auf den entsprechenden Güterstand des neuen Rechts bezüglichen Bestimmungen treten (Art. 45 ff. cit.). Der Güterstand bleibt hiernach in seinem Wesen unverändert; nur die Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung werden von der Änderung berührt. Es ist hierbei eine eigentliche Rückwirkung des neuen Rechts namentlich in betreff des zur Zeit der Überleitung vorhandenen Vermögens und der vor dieser Zeit entstandenen Schulden der Ehegatten (Art. 59 §§ 1 und 3 A.G.) vollständig vermieden. Auch auf einen zur Zeit der Änderung des Güterstandes anhängigen Rechtsstreit und auf die Wirkung der Entscheidung, bei anhängigen Scheidungssachen auch auf die nachfolgende Vermögensauseinandersetzung, übt die Änderung keinen Einfluß (§ 6 das.). Es wird ferner auch davon abgesehen, für das zur Zeit der Überleitung vorhandene Vorbehaltsgut die Wirksamkeit der Vorbehaltseigenschaft Dritten gegenüber von der Eintragung abhängig zu machen. Die Wirksamkeit des neu eintretenden Güterstandes gegenüber Dritten bestimmt sich vielmehr nach den für die Wirksamkeit des bisherigen Güterstandes geltenden Vorschriften; die den Einfluß des Wechsels des Ehewohnsitzes betreffenden §§ 352, 353, 425 II, 1 Pr. Allg. Landr. treten jedoch außer Kraft. Wird der infolge der Überleitung eingetretene Güterstand durch Vertrag oder sonstwie nachträglich geändert, so ist diese Änderung Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 Abs. 1 wirksam; der gutgläubige Dritte wird mithin gegen Einwendungen auf Grund der nachträglichen Änderung geschützt, wenn sie nicht im Güterrechtsregister eingetragen war (Art. 59 § 9 A.G.). Der volle Schutz des § 1435 Abs. 1 soll gutgläubigen Dritten auch gegenüber Ehegatten, die vor dem 1. 1. 00 geheiratet haben, dann zuteil werden, wenn der Wohnsitz des Mannes nach dieser Zeit verlegt wird (Art. 63 das.).

I. Verwaltungsgemeinschaft [1]).

Dieses System läßt an der Zuständigkeit des Vermögens der Ehegatten durch die Ehe eine Änderung nicht eintreten, gewährt aber dem Ehemanne während ihrer Dauer die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens der Ehefrau. Die ehemännliche Verwaltung und Nutznießung tritt ohne einen besonderen Rechtsakt und ohne die Existenz einer obligatorischen Verpflichtung der Ehefrau mit der Eheschließung von selbst, kraft Gesetzes, ein; das ihr unterliegende Vermögen der Frau, einschließlich ihres Erwerbes während der Ehe (vgl. hierzu § 45 K.O.), wird als eingebrachtes Gut, das ihr ausnahmsweise entzogene Vermögen als Vorbehaltsgut bezeichnet (§§ 1363, 1365).

Das dem Manne kraft seiner Verwaltung und Nutznießung an

---

[1]) a) Besteht für eine Ehe die Verwaltungsgemeinschaft des Allg. Landrechts oder des Märkischen Provinzialrechts, so treten mit dem 1. 1. 00 an die Stelle der bisherigen Gesetze die Vorschriften des B.G.B. über das gesetzliche Güterrecht (vgl. noch Art. 50, 51 A.G.). Ist für eine Ehe die Verwaltung und der Nießbrauch des Mannes nach den §§ 980 bis 983, 999 II, 1 Pr. Allg. Landrecht oder Märkischem Provinzialrecht ausgeschlossen, nämlich dann, wenn eine Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung der Mutter oder des Vormundes die Ehe eingeht, so tritt wie nach § 1364 bei Ehen, die mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eingegangen sind, Gütertrennung in Gemäßheit der §§ 1427 bis 1430 ein (Art. 45 § 1, Art. 46 § 1 A.G.).

Eigentümlich ist der Märkischen Verwaltungsgemeinschaft das damit verbundene statutarische Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches auf der Annahme beruht, daß das beiderseitige Vermögen nach dem Tode eines Ehegatten gemeinsames Gut sei, wovon dem Überlebenden die Hälfte gebühre. Bei diesem Erbrecht handelt es sich um eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes. Insoweit bleiben deshalb nach Art. 46 § 2 A.G. die bisherigen Gesetze mit den in den §§ 3 bis 5 das. bestimmten Änderungen maßgebend. Aufrecht erhalten sind hiernach die bisherigen Vorschriften über das Recht des Ehegatten, solange er nicht den Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet, den Miterben gegenüber auch noch nach dem Ablaufe der gesetzlichen Ausschlagungsfrist zwischen der statutarischen Portion und der Rücknahme des eigenen Vermögens zu wählen (K.G. Joh. 25 S. 68), über die Bildung der Teilungsmasse, insbesondere die gegenseitige Ausgleichungspflicht zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern des Verstorbenen und den observanzmäßigen Voraus, sowie über die Befugnis der Miterben, sich die Einwerfung des Vermögens des überlebenden Ehegatten zu verbitten. Soweit aber für die erbrechtliche Stellung des Märkischen Ehegatten gegenwärtig nicht besondere, mit dem Güterrechte zusammenhängende Vorschriften gelten, finden künftig die allgemeinen erbrechtlichen Normen des B.G.B., insbesondere also über den Erwerb, die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, sowie die Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern, Anwendung.

b) Für die bestehenden dotalrechtlichen Ehen wird vom 1. 1. 00 ebenfalls die Verwaltungsgemeinschaft nach Maßgabe des Art. 49 A.G. eingeführt.

dem eingebrachten Gute zustehende Recht ist nicht übertragbar[1]) (§ 1408). Steht der Mann unter Vormundschaft, z. B. infolge Entmündigung wegen Geisteskrankheit, so hat ihn der Vormund, auch wenn dies die Frau selbst[2]) ist, in den aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes sich ergebenden Rechten und Pflichten zu vertreten (§§ 1409, 1418); vgl. auch § 1457. Die Verwaltung und Nutznießung des Mannes tritt aber überhaupt nicht ein, wenn er die Ehe mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau (§§ 106ff., 114) ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters eingeht (§ 1364).

a) Vorbehaltsgut[3]).

1. Die Eigenschaft als Vorbehaltsgut, worauf sich Verwaltung und Nutznießung des Mannes also nicht erstreckt, gebührt

α) den ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere Kleidern, Schmucksachen und Arbeitsgeräten (§ 1366),

β) dem, was die Frau durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, des Handels oder Gewerbes oder eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufs erwirbt (§ 1367),

γ) den durch Ehevertrag (§ 1434) für Vorbehaltsgut erklärten Vermögensbestandteilen, entsprechend dem gem. Recht (§ 1368),

δ) dem Erwerbe der Frau durch Erbfolge, Vermächtnis oder als Pflichtteil (Erwerb von Todes wegen) oder durch unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll (§ 1369); auch hier ist die Anlehnung an das gem. Recht erfolgt,

ε) dem, was die Frau entweder auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgute gehörenden obligatorischen oder dinglichen Rechts, sei es unmittelbar kraft Gesetzes, sei es durch Vermittlung eines den

[1]) Vgl. § 861 C.P.O.; § 1 K.O.

[2]) Die Vertretung des Ehemannes ist der Frau hier auch für dessen Mitwirkung bei Rechtsgeschäften über ihr eigenes eingebrachtes Gut der bestehenden Interessenkollision ungeachtet gewährleistet, so daß die Bestellung eines Pflegers wegfällt (K.G Joh. 22 S. 142).

[3]) Vgl. Art. 59 § 1 A.G.

Inhalt des Rechts verwirklichenden Rechtsgeschäfts, z. B. durch eine Veräußerung, oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Gegenstandes oder endlich durch ein Rechtsgeschäft erwirbt (Surrogationsprinzip), das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht, mit diesem wirtschaftlich im Zusammenhange steht, z. B. durch die Anschaffung von Inventarienstücken oder den Abschluß eines Dienstvertrags über Arbeiten für ein zum Vorbehaltsgut gehöriges Grundstück (§ 1370).

2. Die rechtliche Stellung der Eheleute zum Vorbehaltsgute ergibt sich daraus, daß auf dasselbe die bei der Gütertrennung für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften (§§ 1426 ff.) mit der aus dem § 1371 ersichtlichen Maßgabe entsprechende Anwendung finden (vgl. noch § 1372). Hieraus folgt:

α) Die Ausschließung des Mannes von der Verwaltung und Nutznießung ist gutgläubigen Dritten gegenüber in Ansehung von Rechtsgeschäften und rechtskräftigen Urteilen nur bei Eintragung in das Güterrechtsregister wirksam (§§ 1431 Abs. 1, 1435); die Eintragung in das Grundbuch erfolgt nicht.

β) Zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes hat die Frau aus den Einkünften ihres vorbehaltenen Vermögens einen Beitrag nur insoweit zu leisten, als der Mann nicht schon durch die Nutzungen des eingebrachten Gutes einen angemessenen Beitrag erhält.

γ) Sie hat die selbständige Verwaltung des Vorbehaltsgutes und die freie Verfügung darüber, sie zieht die Nutzungen desselben für sich, sie ist an die Zustimmung ihres Ehemannes nach keiner Richtung hin gebunden; von ihrem Belieben allein hängt es ab, ob sie diesem die Verwaltung des Vermögens überlassen will (§ 1430).

b) Eingebrachtes Gut.

1. Begriff.

Das eingebrachte Gut, das der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes unterliegt, wird gebildet

α) durch das Vermögen der Ehefrau zur Zeit der Eheschließung und ihren Erwerb während der Ehe[1]), z. B. infolge Kaufs, Schenkung, Erbschaft (§ 1363); dagegen §§ 1367, 1369, 1370),

[1]) Vgl. § 45 K.O.

β) durch die Haushaltsgegenstände, die der Mann an Stelle der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke anschafft, auch wenn die Anschaffung mit seinen Mitteln und für seine Rechnung erfolgt (§ 1382),

γ) durch die von dem Manne mit Mitteln des eingebrachten Gutes erworbenen,

αα) beweglichen Sachen einschließlich der Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehenen Ordrepapiere,

ββ) Rechte an Sachen dieser Art,

γγ) andere Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt (§§ 398), z. B. Forderungen. Mit dem Erwerbe des Mannes, auch wenn derselbe im eigenen Namen handelt, geht das Eigentum auf die Frau von selbst über, ohne daß es noch eines besonderen Rechtsgeschäftes zwischen den Ehegatten bedarf; die Regel ist ausgeschlossen, wenn der Mann — die Beweislast trifft den die Ausnahme behauptenden Teil — nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will, z. B. wenn er die bei dem Bankier angeschafften Pfandbriefe seinem eigenen Stückekonto gutschreiben läßt (§ 1381); vgl. noch § 1646.

2. Rechte des Mannes.

α) Der Mann ist zur Besitznahme der zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen berechtigt (§ 1373); erlangt der Mann den Besitz, so ist die Frau mittelbare Besitzerin (§ 868).

β) Der Mann ist berechtigt und verpflichtet, das eingebrachte Gut ordnungsmäßig zu verwalten und über den Stand der Verwaltung der Frau auf Verlangen Auskunft zu erteilen (§§ 1374, 1365, 1391, 1394). Sein Verwaltungsrecht umfaßt aber nicht die Befugnis, die Frau ohne ihre Zustimmung durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, z. B. in ihrem Namen Verbindlichkeiten behufs ordnungsmäßiger Verwaltung einzugehen (vgl. jedoch § 1379) oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen, beispielsweise eine zu ihrem eingebrachten Gute gehörige Hypothek zu kündigen (R.G.R. 01 S. 562) (§ 1375). Er ist jedoch ohne diesen Konsens berechtigt[1]).

αα) zur freien Verfügung über Geld[2]) und andere

[1]) Vgl. aber § 1377 Abs. 3 (Sollvorschrift).

[2]) Das zum eingebrachten Gute gehörende Geld hat der Mann nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften für die Frau verzinslich anzu-

verbrauchbare Sachen[1]) der Frau, also nicht auch über sonstige eingebrachte Mobilien. Durch die in dem § 1377 Abs. 3 cit. dem Manne gewährte Befugnis, die verbrauchbaren Sachen mit der Verpflichtung zum Wertsersatz auch für sich zu veräußern oder zu verbrauchen, erlangt er die Möglichkeit, ein bisher von der Frau betriebenes Erwerbsgeschäft, welches sie selbst nicht fortführen will, im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu betreiben.

ββ) zur Aufrechnung von verzinslichen oder unverzinslichen Forderungen der Frau gegen solche Forderungen an die Frau, deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann (§§ 1411 ff.),

γγ) zur Erfüllung von Verbindlichkeiten der Frau durch Leistung des zum Eingebrachten gehörenden geschuldeten Gegenstandes.

Der zu einem Rechtsgeschäfte, das zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes gehört, erforderliche Konsens der Frau, z. B. zur Kündigung und Einziehung einer Hypothek (R.G. R. 01 S. 562), kann auf Antrag des Mannes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden[2]), wenn die Frau

entweder die Zustimmung ohne ausreichenden Grund (R.G. Joh. 23 S. 177) verweigert

oder in einem unaufschiebbaren Falle durch Krankheit bzw. Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert ist (§ 1379).

γ) Zur gerichtlichen Geltendmachung eines zum eingebrachten Gut gehörenden Rechts ist der Mann im eigenen Namen befugt, auch wenn ihm die Verfügung über das Recht ohne Zustimmung der Frau nicht gebührt; die Wirksamkeit des Urteils für und gegen letztere hängt jedoch von seiner selbständigen Verfügungsbefugnis über das Recht (§§ 1376, 1379) ab (§ 1380). Vgl. noch § 1407 Nr. 3.

δ) Macht der Mann zum Zwecke der Verwaltung des eingebrachten Gutes Aufwendungen, die er den Umständen nach für

legen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist (§ 1377 Abs. 2). Ein ausstehendes Kapital ist eine Forderung, nicht Geld.

[1]) Solche darf der Mann auch für sich veräußern oder verbrauchen (§ 1377 Abs. 3).

[2]) Vgl. § 1447 (Gesamtgut). Die Einforderung einer nicht sichergestellten Mitgift stellt einen Akt ordnungsmäßiger Verwaltung dar (R.G. R. d. O.L. 7 S. 48, R. 03 S. 431).

erforderlich halten darf, so kann er von der Frau Ersatz verlangen, sofern nicht die Aufwendungen, z. B. nach § 1384 ihm selbst zur Last fallen (§ 1390). Vgl. noch § 1648.

ε) Der Mann erwirbt die Nutzungen des eingebrachten Gutes in derselben Weise und in demselben Umfange wie ein Nießbraucher (§ 1383); auch diese Früchte sind jedoch in dem durch § 861 C.P.O. bestimmten Umfange der Pfändung nicht unterworfen (§ 1 K.O.). Vgl. noch § 1652.

3. Verbindlichkeiten des Mannes.

α) Der Mann hat den ehelichen Aufwand, die Kosten des Hausstandes, insbesondere den Unterhalt beider Ehegatten und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu tragen. Die Frau kann ev. im Klagewege verlangen und zwar ausnahmsweise schon während der Dauer der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung (§ 1394), daß der Mann den Reinertrag des eingebrachten Gutes, soweit dieser zur Bestreitung des eigenen und des der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu gewährenden Unterhalts erforderlich ist, ohne Rücksicht auf seine sonstigen Verpflichtungen zu diesem Zwecke verwendet (§ 1389). Vgl. § 1418 Nr. 2.

β) Der Mann ist, unabhängig von dem jeweiligen Ertrage des eingebrachten Guts, für die Dauer der Verwaltung und Nutznießung alle diejenigen in den §§ 1384 bis 1387 näher bezeichneten Lasten zu tragen verpflichtet, welche bei ordnungsmäßiger Wirtschaft aus den laufenden Einnahmen bestritten werden. Es handelt sich hierbei insbesondere um die Fruchtgewinnungs- sowie die Erhaltungskosten (§§ 1384, 1041 ff.), um die öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben, sowie Versicherungsbeiträge (§ 1385), um Zinsen und wiederkehrende Leistungen anderer Art (§ 1386), um Prozeß- und Verteidigungskosten (§ 1387; vgl. noch §§ 1415 Nr. 3, 1416); hieraus wird die Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber der Frau auch für die zwischen den Eheleuten selbst geführten Prozesse, z. B. wegen Ehescheidung, gefolgert ohne Rücksicht darauf, ob eingebrachtes Vermögen der Frau vorhanden ist (R. G. 47 S. 72 ff., J.W. 01 S. 274, Beil. 02 S. 148; Gr. Beil. 02 S. 942, R. 03 S. 18). Die Verpflichtung aus den §§ 1385 bis 1387 (nicht § 1384) besteht zunächst nur im Verhältnis zur Frau; soweit sie jedoch begründet ist, haftet der Mann auch den Gläubigern direkt neben der Frau als Gesamtschuldner (§ 1388). Vgl. noch § 861 C.P.O.

γ) Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet, das zum eingebrachten Gute gehörende Geld nach den für die Anlegung von Mündelgeld (vgl. unten § 97 III e) geltenden Vorschriften für die Frau verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist (§ 1397 Abs. 2). Mit Genehmigung der Frau kann eine anderweite Anlegung erfolgen (R.G. R. 02 S. 557).

4. Sicherstellung der Frau.

α) Die Frau kann von dem Manne Sicherheitsleistung verlangen, wenn

entweder durch das Verhalten des Mannes die Besorgnis begründet wird, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzt werden,

oder die der Frau aus der Verwaltung und Nutznießung des Mannes zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen (§ 1377) erheblich gefährdet sind (§ 1391).

Der Frau steht alsdann auch die Befugnis zur Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung zu (§ 1418).

β) Unter denselben Voraussetzungen (α) kann die Frau außerdem die Hinterlegung der zum eingebrachten Gute gehörenden Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehenen Ordrepapiere bei einer Hinterlegungsstelle [1]) oder bei der Reichsbank nach Maßgabe des § 1392 beanspruchen, der Mann aber die Hinterlegung der Inhaberpapiere dadurch abwenden, daß er sie auf den Namen der Frau umschreiben oder in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat, von dem sie ausgestellt sind, umwandeln läßt (§ 1393).

γ) Die gerichtliche Geltendmachung der der Frau auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehenden Ansprüche ist regelmäßig erst nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung zulässig [2]); die Frau kann jedoch schon vorher den unter 3 α erwähnten Anspruch geltend machen, im übrigen vorher den Klageweg nur beschreiten, wenn die unter 4 α angegebenen Voraussetzungen für das Verlangen nach Sicherheitsleistung vorliegen (§ 1394). Diese Vorschrift steht dem Anspruch der Ehefrau auf Vorschuß der Kosten des Ehescheidungsprozesses durch den Ehemann vorbehaltlich späterer Ausgleichung nicht entgegen.

[1]) Vgl. noch Art. 85 A.G.

[2]) Vgl. Art. 59 § 4 A.G.

5. Verfügungsbeschränkung der Frau.

Dem ehelichen Güterrecht ist kein Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit der Frau eingeräumt. Der Mann bedarf deshalb trotz des dinglichen Charakters der ihm auf Grund der ehelichen Nutznießung und Verwaltung zustehenden Rechte Schutz gegen die Gefahren, welche ihm erwachsen würden, wenn die Ehefrau ohne seine Einwilligung über das eingebrachte Gut direkt oder indirekt verfügen könnte. Diesem Bedürfnis wird durch eine Einschränkung des Verfügungsrechts der Frau über dieses Gut Rechnung getragen und der, ev. gemäß § 1402 [1]) durch das Vormundschaftsgericht zu ergänzende, ehemännliche Konsens zur Gültigkeit einer derartigen Verfügung der Frau erfordert (§ 1395). Ein Dritter muß die hiernach eintretende Beschränkung der Frau auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist (§ 1404); er kann sich deshalb auch auf den Mangel des bezüglichen Eintrags im Grundbuch nicht berufen. Deshalb darf auch der durch eine Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung gesicherte Anspruch der Frau auf Übertragung eines Grundstücks als eingebrachtes Gut ohne Zustimmung des Mannes oder ohne einen auch ihn treffenden vollstreckbaren Titel nicht aus dem Grundbuch entfernt werden (K.G. Joh. 22 S. 138).

α) Rechtsgeschäfte der Frau.

Hier sind zu unterscheiden

αα) die dinglichen, eine Verfügung über das eingebrachte Gut enthaltenden Rechtsgeschäfte;

α_2) Die Wirksamkeit eines derartigen, von der Frau ohne Einwilligung des Mannes abgeschlossenen Vertrags, z. B. der Abtretung oder des Erlasses einer Forderung, der Eigentumsübertragung [2]), insbesondere der Auflassung, Nießbrauchs-Pfandbestellung hängt von der Genehmigung des Mannes (§§ 182, 184) ab. Aber weder die Frau noch ein Dritter kann den Vertrag widerrufen. Auch der andere Teil, der Mitkontrahent der Frau, ist zunächst daran gebunden, indessen steht ihm bis zur wirksamen ehemännlichen Genehmigung die willkürliche Widerrufsbefugnis einseitig zu; der Widerruf

---

[1]) Vgl. auch § 1451 (Gütergemeinschaft).

[2]) Dem Erwerber einer Sache steht also trotz Einigung und Übergabe vor der Genehmigung des Mannes die Klage auf Herausgabe aus § 985 nicht zu (R.G. 54 S. 46, J.W. Beil. 03 S. 52).

geschieht formlos dem Manne oder der Frau gegenüber (§§ 116 ff., 130 ff.). Will der andere Teil von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen, so kann er den infolge der Möglichkeit der Nichtgenehmigung des Ehemannes für ihn ungewissen Schwebezustand dadurch beseitigen, daß er den Mann zur Erklärung auffordert. Diese auch formlos gültige rechtsgeschäftliche Aufforderung (§§ 116 ff., 130 ff.) hat die oben S. 110 unter *αα* bis *δδ* erwähnten Folgen.

Der Grundbuchrichter hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Genehmigung des Ehemannes in wirksamer Form erfolgt ist (K.G. R. 03 S. 13).

Verweigert der Mann die Genehmigung, so wird der Vertrag auch bei dem Wegfall der Verwaltung und Nutznießung nicht wirksam, er konvaleszziert also trotzdem nicht; er bleibt selbst der Frau gegenüber unwirksam. Macht der Mitkontrahent der Ehefrau von seiner Widerrufsbefugnis rechtzeitig Gebrauch, so fällt seine vertragsmäßige Gebundenheit wie bei der Verweigerung der Genehmigung fort, und ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe (Kondiktion) des auf Grund des unwirksamen Vertrages von der einen oder der anderen Seite Geleisteten wird gemäß § 812 ff. begründet.

Die an sich willkürliche Widerrufsbefugnis des anderen Teils ist auch vor der ehemännlichen Genehmigung ausgeschlossen, wenn er entweder das Fehlen der Einwilligung bei dem Vertragsabschluß gekannt,
oder gewußt hat (§ 166), daß die Frau Ehefrau ist; in diesem letzteren Falle kann er ausnahmsweise dennoch widerrufen, wenn die Frau wahrheitswidrig den ehemännlichen Konsens behauptet hat (§§ 1396, 1397).

Verfügungen der Ehefrau zugunsten des Ehemanns, wie die Freigabe eines dem Ehemann gehörigen Grundstücks, auf dem eine Hypothek für sie haftet, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nicht der Einwilligung des Ehemanns (K.G. R. 02 S. 181).

β_2) Das einseitige Rechtsgeschäft, durch das die Frau ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut verfügt, also z. B. durch eine Kündigung, Löschungsbewilligung (K.G. Joh. 23 S. 241, 25 S. 276, R. 02 S. 396, 03 S. 431), Kompensationserklärung, einen Widerruf, ist unwirksam, unterliegt nachträglicher Ge-

nehmigung mithin nicht (R.G. J.W. Beil. 02 S. 189, R. 02 S. 237), kein Teil ist daran gebunden (§ 1398)[1]);

ββ) die obligatorischen Rechtsgeschäfte, durch die sich die Ehefrau zu einer Leistung (§ 241), insbesondere auch zur Vornahme eines dinglichen Rechtsgeschäfts der unter αα bezeichneten Art, z. B. zu einer Eigentumsübertragung oder Forderungsabtretung, verpflichtet.

Die Gültigkeit dieser Geschäfte, also beispielsweise Kauf-, Tauschverträge, ist von der Zustimmung des Mannes nicht abhängig, die obligatorische Verpflichtung der Frau auch ohne diese Zustimmung begründet. Aber die rechtliche Bedeutung eines solchen Geschäfts dem Ehemann gegenüber gestaltet sich verschieden, je nachdem er ihm zustimmt oder nicht.

α_3) Konsentiert er, so ist das Geschäft in Ansehung des eingebrachten Gutes auch ihm gegenüber wirksam.

β_3) Konsentiert er nicht, so muß er das Rechtsgeschäft nur, soweit das eingebrachte Gut bereichert wird, nach Maßgabe der §§ 812 ff. gegen sich gelten lassen (§ 1399);

γγ) die dinglichen oder obligatorischen Rechtsgeschäfte, durch welche die Ehefrau lediglich Rechte erwirbt oder von Verbindlichkeiten befreit wird; ihre Wirksamkeit unterliegt keinem Zweifel.

β) Rechtsstreitigkeiten der Frau.

αα) Die Prozeßfähigkeit einer Frau wird dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht berührt (§ 52 C.P.O.).

ββ) Die Ehefrau ist zur Führung von Prozessen aktiv und passiv legitimiert, doch ist das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Vermögens unwirksam, wenn die Frau den Rechtsstreit als Klägerin oder Beklagte ohne seine Zustimmung führt (§ 1400, vgl. aber wegen der Kosten § 1412 Abs. 2). Deshalb kann das Urteil, durch welches die Frau zu einer Leistung verurteilt wird, nicht schlechthin in das eingebrachte Gut vollstreckt werden (R.G. Joh. 22 S. 138), in der Regel muß auch der Ehemann zur Duldung solcher Zwangsvollstreckung verurteilt sein (§§ 739, 741, 742, 774 C.P.O.). Die Aktivlegitimation der Ehefrau zur Geltendmachung eines zum eingebrachten Gut gehörenden Rechts, z. B. des

---

[1]) Tritt die Bindung an eine Erklärung erst mit der Einreichung beim Grundbuchamt ein, so genügt es, wenn die Einwilligung des Ehemanns in diesem Zeitpunkt urkundlich vorliegt (R.G. Joh. 25 S. 273, R. 03 S. 210, R. d. O.L. 6 S. 208, 7 S. 49).

Eigentums, einer Forderung im Wege der Klage (Widerklage), nicht des Einwands, hängt von der Zustimmung des Mannes ab, so daß mangels derselben die Abweisung zu erfolgen hat, vgl. jedoch § 1407. Die Zustimmung kann formlos geschehen; sie ist nicht notwendig in der Weise zu erteilen, daß der Mann in den Prozeß mit eintritt. Für eine negative Schuldfeststellungsklage der Frau wird man sie überhaupt nicht erfordern dürfen.

Ausnahmsweise erübrigt sich die für Rechtsgeschäfte und Prozesse der Frau (α und β) vorgeschriebene Mitwirkung des Ehemannes, wenn derselbe durch Krankheit oder Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (§ 1401); vgl. auch § 1450.

γ) Einseitige Rechtsgeschäfte Dritter.

Die Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts, das sich auf das eingebrachte Gut, nicht auf das vorbehaltene Vermögen bezieht, z. B. eine derartige Kündigung, Mahnung, Anfechtungs-, Rücktritts-, Aufrechnungserklärung eines Dritten muß dem Ehemanne gegenüber geschehen, um überhaupt wirksam zu sein. Betrifft aber das Geschäft des Dritten, z. B. die Kündigung, nicht ein Recht, sondern eine Verbindlichkeit der Frau, z. B. nicht eine Darlehnsforderung, sondern eine Darlehnsschuld derselben, so ist es der Frau gegenüber vorzunehmen. Es muß jedoch auch dem Manne gegenüber vorgenommen werden, wenn es in Ansehung des eingebrachten Gutes auch ihm gegenüber wirksam sein soll; diese Wirksamkeit tritt also nicht ein, wenn die Vornahme gegenüber dem Manne unterbleibt (§ 1403).

6. Ausnahmen von der Verfügungsbeschränkung der Frau [1]).

α) Erteilt der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts [2]), also nicht bloß des Handels oder Gewerbes, sondern auch eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufes — der Einwilligung steht der Betrieb mit seinem Wissen oder ohne seinen Einspruch gleich —, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt; derartige Geschäfte und Prozesse sind hiernach trotz des fehlenden Konsenses des Mannes wirksam. Zur Gültigkeit einseitiger auf das

[1]) Vgl. § 9 R.G. v. 31. 5. 91 betr. Reichsschuldb. (Art. 50 E.G.).

[2]) Vgl. § 1367.

Erwerbsgeschäft bezüglicher Rechtsgeschäfte Dritter ist die Vornahme gegenüber der Frau erforderlich und ausreichend (§ 1405); vgl. noch § 1452.

Die Sicherheit des Verkehrs erfordert den Schutz des guten Glaubens. Deshalb tritt die Wirksamkeit eines Einspruchs des Mannes und des Widerrufs seiner Einwilligung nur nach Maßgabe des § 1435, gutgläubigen Dritten gegenüber also nur im Falle der Eintragung im Güterrechtsregister, ein [1]). Vgl. auch §§ 741, 774 C.P.O.

β) Die Frau bedarf überhaupt nicht der Zustimmung des Mannes (§§ 1406, 1407) zu einzelnen rechtsgeschäftlichen Akten, nämlich

$\alpha\alpha$) zur Annahme oder Ausschlagung (§§ 1942 ff., 2180) einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses [2]), zum Verzicht auf den Pflichtteil, sowie zur Errichtung des Inventars über die angefallene Erbschaft, auch wenn der § 1369 (Vorbehaltsgut) nicht Platz greift [3]),

$\beta\beta$) zur Ablehnung eines Vertragsantrags oder einer Schenkung.

$\gamma\gamma$) zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber dem Manne, also beispielsweise zur Aufhebung einer für sie auf dem Grundstück des Mannes eingetragenen Hypothek oder zu einem Vertragsschluß mit dem Manne (K.G. Joh. 23 S. 240), ebensowenig zu einzelnen Prozessen, nämlich

α_2) zur Fortsetzung eines zur Zeit der Eheschließung anhängigen Rechtsstreits; vgl. auch § 742 C.P.O.,

β_2) zur gerichtlichen Geltendmachung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Rechts gegen den Mann, z. B. nach § 1394,

γ_2) zur gerichtlichen Geltendmachung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Rechts, z. B. einer Forderung, gegen einen Dritten, wenn der Mann ohne die erforderliche Zustimmung der Frau,

---

[1]) Dies gilt auch bei einer nach den Art. 45 bis 58 A.G. eintretenden Änderung des Güterstandes (§ 9 Art. 59 das.).

[2]) Vgl. § 1453 (Gütergemeinschaft). Ist in den die bestehenden Ehen des rhein. Rechts betreffenden Fällen der §§ 1 bis 3 und 6 Art. 56 A.G. der Frau vor dem 1. 1. 00 eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen, so sind für die Befugnis der Frau zur Annahme oder Ausschlagung die bisherigen Vorschriften maßgebend (§ 7 a. a. O.).

[3]) Wegen Berechtigung zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses vgl. § 218 K.O.

z. B. nach §§ 1375, 1379, über das Recht verfügt, sie beispielsweise erlassen hat,

δ_2) zur gerichtlichen Geltendmachung eines Widerspruchsrechts gegenüber einer Zwangsvollstreckung, z. B. nach §§ 766, 771 C.P.O., mag letztere sich gegen die Frau selbst oder einen Dritten, insbesondere auch den Mann, richten.

c) Schuldenhaftung [1].

1. Rechte der Gläubiger.

α) In Übereinstimmung mit dem gem. Rechte wird an dem Grundsatze festgehalten, daß die Gläubiger des Mannes nicht Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen können (§ 1410).

β) Dagegen können die Gläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die ehemännliche Verwaltung und Nutznießung Befriedigung aus dem eingebrachten Gute fordern (vgl. auch §§ 739, 741, 742, 774 C.P.O.). Die Geltendmachung der bezüglichen Ansprüche der Frau gegen ihren Mann steht ihnen trotz § 1394 schon während der Dauer dieser Verwaltung und Nutznießung zu, der Wertsersatz für die Veräußerung oder den Verbrauch verbrauchbarer Sachen (§ 1377 Abs. 3) ist ihnen sofort zu leisten (§ 1411).

Ausnahmsweise haftet das eingebrachte Gut für eine Verbindlichkeit der Frau nicht, die

entweder aus einem nach der Eingehung der Ehe vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsteht; die Haftung tritt jedoch ein, wenn der Mann seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilt (§§ 1395 ff.) oder wenn das Rechtsgeschäft ohne seine Zustimmung ihm gegenüber wirksam ist, z. B. nach §§ 1401, 1405 ff. (1412),

oder infolge des Erwerbes einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses entsteht, wenn die Frau die Erbschaft oder das Vermächtnis nach der Eingehung der Ehe als Vorbehaltsgut (§ 1369) erwirbt (§ 1413),

oder nach der Eingehung der Ehe infolge eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes oder des Besitzes einer dazu gehörenden Sache entsteht. Die Haftung der Illaten für eine solche Verbindlichkeit der Frau tritt jedoch wieder ein, wenn [2]) das Recht oder die Sache

[1]) Vgl. § 3 Art. 59 A.G.

[2]) Die Beweislast für diese Voraussetzung trifft den Gläubiger.

zu einem von der Frau mit ehemännlichem Konsens selbständig betriebenen Erwerbsgeschäft (vgl. § 1367) gehört (§ 1414).

2. Ausgleichung unter den Ehegatten.

α) Diejenigen Gläubiger der Frau, denen das eingebrachte Gut haftet, können naturgemäß auch aus dem Vorbehaltsgut ihre Befriedigung suchen.

Im Verhältnis der Ehegatten zu einander aber muß als Regel gelten, daß die Verbindlichkeiten, deren Erfüllung die Gläuber aus dem eingebrachten Gute fordern können, diesem und nicht dem Vorbehaltsgut zur Last fallen. In Abweichung von dieser Regel fallen jedoch ausnahmsweise dem Vorbehaltsgut zur Last (§§ 1415, 1416):

αα) die Verbindlichkeiten der Frau aus einer während der Ehe begangenen unerlaubten Handlung oder aus einem wegen einer solchen Handlung gegen sie gerichteten Strafverfahren, z. B. Verteidigungskosten; vgl. noch §§ 1387 Nr. 2, 1412;

ββ) die Verbindlichkeiten der Frau aus einem auf das Vorbehaltsgut sich beziehenden Rechtsverhältnis, z. B. dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§§ 1367, 1405, 1412), auch wenn sie vor der Eingehung der Ehe oder vor der Zeit entstanden sind, zu der das Gut Vorbehaltsgut geworden ist;

γγ) die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau über eine der unter *αα*, *ββ* bezeichneten Verbindlichkeiten führt, vgl. noch § 1387 Nr. 1;

δδ) die Kosten eines Rechtsstreits, beispielsweise eines Ehescheidungsprozesses, zwischen den Ehegatten, z. B. die gerichtlichen, die Gebühren der Anwälte, Gerichtsvollzieher usw., soweit nicht der Mann, z. B. auf Grund des Urteils, Vergleichs usw. sie zu tragen hat;

εε) die Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und einem Dritten, z. B. gemäß § 1400. Diese Kosten hat aber der Mann der Frau gegenüber aus seinem eigenen Vermögen, unabhängig von dem jeweiligen Ertrage der Illaten, zu tragen, wenn

entweder das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Vermögens, z. B. infolge seiner Zustimmung (§ 1395) oder ohne solche (§§ 1401, 1405 ff.) wirksam ist,

oder der Rechtsstreit eine persönliche Angelegenheit der Frau, z. B. eine ihr zugefügte Beleidigung oder eine nicht unter *αα*, *ββ* fallende Verbindlichkeit, für die das eingebrachte Gut haftet, betrifft,

sofern die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist (§§ 1415, 1416).

β) Zwischen den beiden Vermögensmassen, dem Vorbehaltsgut und dem eingebrachten Gut, besteht eine Ausgleichungspflicht nach Maßgabe des § 1417, wenn eine Verbindlichkeit, die im Verhältnis der Eheleute zu einander der einen Masse zur Last fällt, aus der andern berichtigt wird.

d) Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

1. Aufhebungsgründe.

α) Der Frau steht die Befugnis zur Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung[1]) zu,

$\alpha\alpha$) wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sie nach § 1391 Sicherheitsleistung verlangen kann, vgl. oben unter b 4,

$\beta\beta$) wenn der Mann seine Verpflichtung zur Alimentation der Frau und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhaltes zu besorgen ist,

$\gamma\gamma$) wenn der Mann entmündigt ist[2]),

$\delta\delta$) wenn der Mann wegen Gebrechlichkeit nach § 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat[3]),

$\varepsilon\varepsilon$) wenn für den Mann ein Abwesenheitspfleger bestellt und die baldige Aufhebung der Pflegschaft nicht zu erwarten ist[3]).

In allen diesen Fällen tritt die Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung mit der Rechtskraft des sie aussprechenden Urteils ein (§ 1418).

Die Entziehung kann aber auch mittelst einstweiliger Verfügung erfolgen (R.G. R. 02 S. 373).

β) Kraft Gesetzes endigt die Verwaltung und Nutznießung (§§ 1419, 1420)

$\alpha\alpha$) mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet wird; der Konkurs einer offenen Gesellschaft, deren Gesellschafter der Ehemann ist oder über

---

[1]) Die Aufhebung kann auch durch Ehevertrag geschehen (§ 1436).

[2]) Wegen Wiederherstellung seiner Rechte vgl. § 1425.

[3]) Wegen Wiederherstellung der Rechte des Mannes vgl. § 1425.

einen ihm zugefallenen Nachlaß reicht nicht aus. Das Recht, welches dem Ehemanne an dem eingebrachten Gute zusteht, gehört nicht zur Konkursmasse, da es der Pfändung nicht unterliegt (§ 1 K.O., § 861 C.P.O.).

ββ) mit dem Zeitpunkt, der infolge einer Todeserklärung des Mannes als Zeitpunkt des Todes gilt[1]) (§§ 18, 19),

γγ) mit der Auflösung der Ehe durch Tod eines Ehegatten, Scheidung der Ehe, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§§ 1575, 1586), Wiederverheiratung des Mannes im Falle der Todeserklärung der Frau (§ 1348). Bei Todeserklärung der Frau gilt im übrigen die in § 18 Abs. 1 begründete Vermutung auch für die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten.

2. Rechtsfolgen.

α) Nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung hat der Mann das eingebrachte Gut der Frau unter entsprechender Anwendung der §§ 592, 593 herauszugeben und ihr über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen[2]); hierbei gestaltet sich im Falle der Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung durch rechtskräftiges Urteil (§ 1418)[3]) die obligatorische Herausgabepflicht des Mannes zum Schutze der Frau gegen die Nachteile der Verzögerung so, wie wenn der Herausgabeanspruch mit der Erhebung der Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Befugnisse rechtshängig geworden wäre (§ 1422).

β) Hat der Mann ein zum eingebrachten Gute gehörendes Grundstück vermietet oder verpachtet, so finden auf das bei der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung noch bestehende Miet- oder Pachtverhältnis die Vorschriften des § 1056 entsprechende Anwendung (§ 1423)[4]).

γ) Der Mann ist auch nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung zur Fortführung der Verwaltung berechtigt, bis er von der Beendigung Kenntnis erlangt oder sie kennen muß (§§ 122 Abs. 2, 166); auf diese Berechtigung kann sich aber ein bösgläubiger (§§ 122 Abs. 2, 166 cit.) Dritter nicht berufen (§ 1424 Abs. 1). Endigt die Verwaltung und Nutznießung infolge des Todes der Frau, so hat der Mann sogar die Verpflichtung, die zur Verwaltung

---

[1]) Wegen Wiederherstellung der Rechte des Mannes vgl. § 1425.

[2]) Vgl. § 1681 (elterliche Gewalt).

[3]) Wegen des früheren Rechts R.G. J.W. Beil. 03 S. 25, R. 03 S. 181.

[4]) Vgl. §§ 1663 (elterliche Gewalt), 2135 (Nacherbfolge).

gehörenden unaufschiebbaren Geschäfte zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann (§ 1424)[1]).

e) Wiederherstellung der ehemännlichen Rechte.

1. Dieselbe tritt nicht ipso iure ein, der Mann kann aber darauf Klage erheben, wenn

entweder die Entmündigung oder Pflegschaft, welche die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zur Folge hatte, wieder aufgehoben oder der die Entmündigung aussprechende Beschluß mit Erfolg angefochten wird,

oder der für tot erklärte Mann noch lebt.

Die Wiederherstellung der Rechte des Mannes tritt unter entsprechender Anwendung des § 1422 mit der Rechtskraft des obsieglichen Urtels ein; sie ist jedoch Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam, wenn die Aufhebung in das Güterrechtsregister eingetragen worden ist (§ 1431 Abs. 2).

2. Im Falle der Wiederherstellung wird Vorbehaltsgut, was ohne die Aufhebung der Rechte des Mannes Vorbehaltsgut geblieben oder geworden sein würde (§ 1425).

II. Gütertrennung.

a) Das System der Gütertrennung (Dotalrecht), welches der Ehe auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten keinerlei Einfluß gewährt, gelangt nur in einzelnen Ausnahmefällen zur gesetzlichen Anerkennung. Gütertrennung tritt nämlich ein

1. mit der Eheschließung, wenn der Mann die Ehe mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters eingeht (§ 1364),

2. mit der Beendigung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung infolge rechtskräftigen Aufhebungsurteils (§ 1418 Abs. 2), rechtskräftigen Konkurseröffnungsbeschlusses (§ 1419) oder der Todeserklärung des Mannes (§ 1420),

3. mit der vertragsmäßigen Ausschließung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung, sowie der vertragsmäßigen Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft, sofern sich nicht aus dem Ehevertrag selbst ein anderes ergibt (§ 1436),

---

[1]) Vgl. §§ 1682 (elterliche Gewalt), 2140 (Nacherbfolge).

4. mit der rechtskräftigen Aufhebung der Gütergemeinschaft gemäß § 1470,

5. mit der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft in den Fällen der §§ 1542 bis 1544 (§ 1545),

6. mit der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach ihrer rechtskräftigen Aufhebung (§§ 1587, 1575).

b) Wirkung[1]).

1. Der Mann hat, wie nach § 1389 Abs. 1, den ehelichen Aufwand zu tragen, die Frau aber zur Bestreitung desselben — der Anspruch des Mannes ist nicht übertragbar — ihm einen angemessenen Beitrag aus den Einkünften, nicht aus dem Stamme ihres Vermögens, und dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts zu leisten (§ 1427). Sie kann jedoch diesen Beitrag insoweit zur eigenen Verwendung zurückbehalten, als er zur Bestreitung ihres und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge Unterhalts (§§ 1360, 1610) erforderlich ist, wenn entweder eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen oder der Mann entmündigt oder für ihn ein Abwesenheitspfleger oder nach § 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ein anderer Pfleger bestellt ist (§ 1428).

Macht die Frau zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes, also z. B. auch des Unterhalts des Mannes, aus ihrem Vermögen eine Aufwendung oder überläßt sie dem Manne zu diesem Zwecke etwas aus ihrem Vermögen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, Ersatz zu verlangen (§ 1429).

---

[1]) Diese Vorschriften treten für Ehen, in denen der Güterstand der Gütertrennung nach dem rhein. Recht gilt, vom 1. 1. 00 an die Stelle der bisherigen Gesetze, so daß von da ab die Ehefrau in bezug auf die Geschäftsfähigkeit und das Verfügungsrecht einer unverheirateten Frau ganz gleichsteht (§ 8 Art. 56 A. G.). Die gesetzliche Hypothek der Frau besteht von der Änderung des Güterstandes an nur noch zur Sicherung der vorher entstandenen Ansprüche; ist sie nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Änderung durch Einschreibung im Hypothekenregister oder durch Eintragung im Grundbuch wirksam geworden, so erlischt sie (§ 9 a. a. O.). Ist für eine Ehe im Gebiete des rhein. Rechts Dotalrecht vereinbart, so bleiben grundsätzlich die bisherigen Gesetze maßgebend, beispielsweise also auch bezüglich der gesetzlichen Hypothek der Frau. Dagegen fällt die Beschränkung der Frau in der Geschäftsfähigkeit auch hier fort, sie besteht in Zukunft nur noch in Ansehung des Heiratsguts, nicht des Paraphernalvermögens der Frau (§ 10 ebendort).

2. Die Frau überläßt bisweilen ihr Vermögen ganz oder teilweise der Verwaltung des Mannes. In einem solchen Falle steht dem Manne — die Frau kann jederzeit eine abweichende Bestimmung treffen — die Befugnis zu, die Einkünfte, die er während seiner Verwaltung bezieht, nicht bloß zu Ehezwecken, zur Bestreitung des ehelichen Aufwands, sondern nach freiem Ermessen zu verwenden, soweit nicht ihre Verwendung zur Bestreitung der Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung und zur Erfüllung solcher Verpflichtungen der Frau erforderlich ist, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Vermögenseinkünften bestritten werden. Soweit der Mann diese Grenzen nicht innegehalten hat, wird er nach Maßgabe der §§ 666, 259 Rechenschaft abzulegen haben, darüber hinaus entscheidet lediglich sein freies Ermessen, so daß Rechenschaftslegung nicht stattfindet (§ 1430); vgl. noch § 1619.

3. Die Gütertrennung ist Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435, also nur bei ihrer Kenntnis der Gütertrennung oder deren Eintragung ins Güterrechtsregister wirksam (§ 1431).

§ 86.

Vertragsmäßiges Güterrecht (§§ 1432 bis 1557).

I. Allgemeines (Eheverträge)[1].

a) Auch auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts wird das Prinzip der Vertragsfreiheit innerhalb der durch das sittliche Wesen der Ehe gezogenen Schranken anerkannt und dadurch den Beteiligten die Möglichkeit der Herstellung eines ihren bisherigen Gewohnheiten und Bedürfnissen entsprechenden Zustandes gewährt. Der Schwierigkeit der Formulierung solcher Eheverträge ist durch die dispositive Normierung der außer dem System der Verwaltungsgemeinschaft noch vorkommenden Hauptformen des deutschen ehelichen Güterrechts Rechnung getragen.

In Übereinstimmung mit dem gem. Rechte können die Eheverträge nicht bloß vor, sondern auch nach der Eingehung der Ehe abgeschlossen werden. Ihr Inhalt ist die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, insbesondere die Aufhebung oder Änderung

---

[1]) Inhalts des Art. 62 A.G. kann ein Güterstand, für den die bisherigen Gesetze in Kraft bleiben, durch Ehevertrag nur nach Maßgabe der Vorschriften des B.G.B. aufgehoben oder geändert werden.

des für ihre Ehe geltenden Güterstandes. Hierbei steht es den Ehegatten frei, den gesetzlichen wie einen vertragsmäßigen Güterstand in einzelnen Beziehungen zu modifizieren oder näher zu bestimmen, aber auch gänzlich auszuschließen und nach erfolgter Änderung oder Ausschließung ihn wieder in früherer Weise herzustellen. Lediglich in der Weise wird die Vertragsfreiheit der Ehegatten und zwar aus Gründen der Rechtssicherheit beschränkt, daß der Güterstand nicht durch eine allgemeine Bezugnahme auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden kann; hat jedoch der Mann im kritischen Momente seinen Wohnsitz im Auslande, so ist die Verweisung auf ein an diesem Wohnsitz geltendes Güterrecht zulässig (§ 1433).

b) Der Ehevertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden (§ 1434). Die Eintragung in das Güterrechtsregister [1]) heilt den Mangel der Form nicht.

c) Die rechtliche Wirksamkeit eines Ehevertrags hängt auch Dritten, z. B. Gläubigern gegenüber von einer öffentlichen Bekanntmachung, insbesondere der Eintragung in das Güterrechtsregister nicht ab. Doch können aus der vertragsmäßigen Ausschließung oder Modifikation der Verwaltungsgemeinschaft sowie aus der vertragsmäßigen Aufhebung oder Änderung einer in dem Güterregister eingetragenen Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse einem Dritten gegenüber Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden, wenn [2]) zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ausschließung, Aufhebung oder Änderung, also die den Einwand in concreto begründende Tatsache,

entweder in dem Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen

oder dem Dritten bekannt war (§ 1435; Art. 16 E.G.). Das Kennenmüssen reicht nicht aus.

---

[1]) Vgl. noch Art. 29 Pr.G. F.G.

[2]) Die Beweislast für das Vorhandensein einer dieser Voraussetzungen trifft denjenigen, der den Einwand geltend macht.

Mangels solcher Eintragung genießt mithin in den angegebenen Beziehungen der gute Glaube des Dritten Schutz.

1. Die Eintragungen in das Güterrechtsregister [1]) haben bei dem Amtsgerichte zu geschehen, in dessen Bezirk der Mann seinen Wohnsitz hat. Verlegt der Mann nach der Eintragung seinen Wohnsitz in einen anderen Bezirk, so muß die Eintragung im Register dieses Bezirks wiederholt werden; verlegt er ihn in den früheren Bezirk zurück, so gilt die frühere Eintragung als von neuem erfolgt (§§ 1558, 1559).

2. Eine Eintragung in das Register soll nur auf Antrag und nur insoweit erfolgen, als sie beantragt ist; der Antrag ist in öffentlich, nicht notwendig gerichtlich oder notariell beglaubigter Form zu stellen (§ 1560).

α) Der Antrag eines der Ehegatten genügt

$\alpha\alpha$) zur Eintragung eines Ehevertrags oder einer auf gerichtlicher Entscheidung beruhenden Änderung der güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten (vgl. z. B. §§ 1419, 1420) bei Vorlegung des Ehevertrags oder der mit dem Rechtskraftsatteste versehenen Entscheidung,

$\beta\beta$) zur Wiederholung einer Eintragung in dem Register eines anderen Bezirks bei Vorlegung einer nach der Aufhebung des bisherigen Domizils erteilten, öffentlich beglaubigten Abschrift der früheren Eintragung (§ 1561).

Die Eintragung eines Ehevertrags vor Eingehung der Ehe wird hiernach unzulässig sein, da den Nupturienten die Antragsbefugnis nicht zusteht.

β) In den Fällen des § 1357 Abs. 2 (Beschränkung und Ausschließung der Schlüsselgewalt der Frau) und des § 1405 Abs. 3 (Einspruch gegen den Geschäftsbetrieb und Widerruf der Einwilligung zum Geschäftsbetrieb der Frau) erfolgt die Eintragung auf Antrag des Mannes.

3. Das Amtsgericht hat die Eintragung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen (§ 1562).

4. Die Einsicht des Registers ist jedem gestattet; auch kann eine Abschrift der Eintragungen gefordert werden (§ 1563).

Vgl. noch §§ 129, 161, 162 R.G. F.G. (K.G. Joh. 21 S. 88).

---

[1]) Für die nach dem A.G. erforderlichen Eintragungen in dieses Register gelten die Vorschriften der §§ 1558 bis 1563 (Art. 64 A.G.).

II. Allgemeine Gütergemeinschaft (§§ 1437 bis 1518)[1].

a) Rechtliche Natur.

Die Konstruktion der Gütergemeinschaft auf der Grundlage des Alleineigentums des Ehemannes und seiner persönlichen Haftung gegenüber den Gemeinschaftsgläubigern unter Gewährung eines lediglich persönlichen Teilungsanspruchs für die Frau nach Auflösung der Gemeinschaft hat Anerkennung nicht gefunden. Auch das auf dem Prinzipe der Freiheit der einzelnen Teilhaber (vgl. oben S. 546, S. 638) beruhende condominium pro partibus indivisis kommt nicht in Betracht. Das Vermögen beider Ehegatten wird vielmehr zu einem einheitlichen Ganzen (Gesamtgut) vereinigt und das Rechtsverhältnis in Ansehung dieses gemeinschaftlichen Vermögens nach dem deutschrechtlichen Grundsatz der Gemeinschaft zur gesamten Hand gestaltet (vgl. oben S. 505), wonach die Anteile der einzelnen Genossen während der Dauer der Gemeinschaft durch deren Zwecke gebunden und deshalb ihrer freien Verfügung entzogen sind (§§ 1442, 1471), Sonderrechte an der gemeinschaftlichen Masse erst nach Auflösung der Gemeinschaft hervortreten (R.G. 23 S. 186).

b) Entstehung.

Die allgemeine Gütergemeinschaft bildet nicht das gesetzliche Güterrecht, sie tritt nur kraft Ehevertrags (§§ 1432 ff.) ein. Der auf ihre Einführung, aber ebenso auch der auf ihre Aufhebung gerichtete Vertrag kann nicht durch einen gesetzlichen Vertreter geschlossen

---

[1] a) Der Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft des Pr. Allg. Landr. wird durch Art. 47 A.G. mit gewissen Einschränkungen vom 1. 1. 00 ab in die allgemeine Gütergemeinschaft des B.G.B. übergeleitet. Ist jedoch in einer zu dieser Zeit bestehenden Ehe nach den §§ 782 ff. II, 18 Pr. Allg. Landr. die Gütergemeinschaft wegen Minderjährigkeit eines Ehegatten noch ausgesetzt, so vollzieht sich auch die Überleitung erst dann, wenn nach den bisherigen Vorschriften die Aussetzung endigt, also spätestens, wenn die Frau nicht binnen drei Monaten nach der Volljährigkeit, der Mann nicht im Termine zur Entlastung des Vormunds die Ausschließung der Gütergemeinschaft bestimmt (Ob.Trib. 30 S. 123). Fortgesetzte Gütergemeinschaft tritt nur ein, wenn sie durch Ehevertrag vereinbart ist. Den Eigentümlichkeiten der Westfälischen Gütergemeinschaft ist in dem Art. 48 A.G. Rechnung getragen. Vgl. noch Art. 51, 52 das.

b) Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft des rhein. Rechts treten an die Stelle der bisherigen Gesetze vom 1. 1. 00 ab grundsätzlich die Vorschriften des B.G.B. über die allgemeine Gütergemeinschaft; die Fortsetzung der Gütergemeinschaft kann jedoch wie nach § 4 Art. 47 A.G. nur vertragsmäßig eingeführt werden (§ 3 Art. 56 das.). Inwieweit die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, erhellt aus den §§ 4 bis 7 und 9 ebendort.

werden. Ist einer der Vertragschließenden in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§§ 106, 114), so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; ist dieser ein Vormund (vgl. auch § 1915), also nicht der Inhaber der elterlichen Gewalt, so ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich (§ 1437).

c) Rechtsverhältnis während bestehender Gemeinschaft.

1. Das Vermögen, welches der Ehemann, und das Vermögen, welches die Ehefrau zur Zeit des Eintritts der allgemeinen Gütergemeinschaft hat oder während derselben erwirbt (vgl. auch noch § 1473), wird zu einer neuen ungetrennten Masse vereinigt, in welcher die den Ehegatten zustehenden Vermögensrechte aufgehen; das so zu einem Ganzen vereinigte Vermögen bildet das gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut), welche mithin die Subjekte des Gesamtgutes sind. Die einzelnen Gegenstände werden gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft, z. B. der Zession oder Tradition oder Eintragung ins Grundbuch bedarf; vgl. jedoch noch § 1473 Abs. 2, § 1497 Abs. 2, § 1524 Abs. 2. Wird aber ein Recht gemeinschaftlich, das im Grundbuch eingetragen ist, z. B. eine Hypothek, oder in das Grundbuch eingetragen werden kann, z. B. das Eigentum an einem durch Erbgang erworbenen Grundstück, so kann jeder Ehegatte von dem anderen die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 1438).

Von dem Gesamtgute ausgeschlossen sind

α) Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, z. B. Lehen, Fideikommisse (§ 1439),

β) das Vorbehaltsgut, nämlich was

entweder durch Ehevertrag (§§ 1432 ff.) für Vorbehaltsgut eines der Ehegatten erklärt ist,

oder einer der Ehegatten durch letztwillige Verfügung oder unentgeltliche Zuwendung inter vivos mit der Bestimmung, daß es Vorbehaltsgut sein soll, gemäß § 1369, oder aus dem Vorbehaltsgut, insbesondere durch Surrogation, nach Maßgabe des § 1370 erwirbt (§ 1440).

$\alpha\alpha$) Der Ehemann hat in Ansehung seines Vorbehaltsgutes die rechtliche Stellung eines Unverheirateten; vgl. jedoch § 1446 Abs. 1 Satz 2 (Gütergemeinschaft).

$\beta\beta$) Auf das Vorbehaltsgut der Frau finden die bei der

Gütertrennung (§§ 1426 ff.) für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 1441).

2. Das Gesamtgut kann seinem Zwecke, der ehelichen Gemeinschaft zu dienen, nicht entfremdet werden. Hieraus folgt:

α) Der Anteil eines Ehegatten an dem Gesamtgut und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen ist seiner Verfügung entzogen und deshalb auch nach § 860 C.P.O. der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen [1]). Auch die obligatorische Verpflichtung zur Vornahme einer solchen rechtlich unmöglichen Abtretung ist unwirksam (R.G. J.W. Beil. 03 S. 26).

β) Keiner der Ehegatten ist berechtigt, Teilung zu verlangen. Im Konkurse des Mannes findet eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts zwischen den Ehegatten ebenfalls nicht statt (§ 2 K.O.).

γ) Gegen eine zu dem Gesamtgut gehörende Forderung kann der Schuldner nur eine Forderung aufrechnen, deren Berichtigung aus dem Gesamtgute verlangt werden kann (§§ 1442, 1471 Abs. 2).

3. Die Verwaltung des Gesamtgutes steht nicht wie nach § 1472 Abs. 1 beiden Ehegatten gemeinsam, sondern lediglich dem Manne als dem Haupte der Ehe zu (vgl. noch § 1457). Der Mann ist insbesondere berechtigt, die zu dem Gesamtgute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen, über das Gesamtgut zu verfügen [2]), das Gesamtgut durch Schuldverbindlichkeiten zu verhaften (R.G. 54 S. 285), insbesondere auch durch eine Bürgschafts- oder Schuldübernahme, sowie auf das Gesamtgut bezügliche Rechtsstreitigkeiten im eigenen Namen zu führen (vgl. auch § 740 C.P.O.); die Frau aber wird durch die Verwaltungshandlungen des Mannes weder Dritten noch dem Manne gegenüber persönlich verpflichtet (§ 1443, vgl. auch § 1459). Im Konkurse über das Vermögen des Mannes gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse, während es durch den Konkurs über das Vermögen der Frau überhaupt nicht berührt wird (§ 2 K.O.); vgl. noch § 219 Abs. 2 das.

Ausnahmsweise bedarf der Mann der Einwilligung der Frau

α) zu einem obligatorischen Rechtsgeschäfte, durch das er sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen verpflichtet,

[1]) Vgl. jedoch § 860 Abs. 2 C.P.O.

[2]) Anders bei der Verwaltungsgemeinschaft (§ 1375).

sowie zu einer Verfügung über Gesamtgut, durch die eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll, also auch zu solchen dinglichen Erfüllungsgeschäften (§ 1444),

β) zur Verfügung, z. B. Veräußerung, Belastung, über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück (vgl. auch § 1017), sowie zur Eingehung der obligatorischen Verpflichtung zu einer solchen Verfügung (§ 1445), dagegen nicht zur Verfügung über ein begrenztes Immobiliarrecht, z. B. nicht zur Abtretung oder Löschung einer Hypothek (R.G. Joh. 22 S. 135, S. 140),

γ) zu einer Schenkung (vgl. jedoch § 1446 Abs. 2) aus dem Gesamtgut, sowie zu einer Verfügung über Gesamtgut, durch welche das ohne Zustimmung der Frau erteilte Versprechen einer solchen unwirksamen Schenkung erfüllt werden soll, endlich aber auch, mit Rücksicht auf § 1459, zu einem bloß obligatorischen, obschon nicht das Gesamtgut, sondern z. B. sein Vorbehaltsgut betreffenden, Schenkungsversprechen (§ 1446 Abs. 1).

Kauft der gütergemeinschaftliche Ehemann für das gütergemeinschaftliche Vermögen ein Grundstück und bewilligt er für das gestundete Kaufgeld die Eintragung einer Hypothek auf dem Kaufgrundstücke, so ist die bei der Auflassung demnächst ohne Zutun der Ehefrau beantragte Hypothekenbestellung rechtswirksam, weil das Grundstück nur mit dieser Beschränkung für das Gesamtgut erworben wurde (R.G. R. 01 S. 386). Stimmt der gütergemeinschaftliche Ehemann der Rangänderung einer Hypothek, mit welcher ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück belastet ist, zu (§ 880), so verfügt er nicht über letzteres, bedarf also der Zustimmung der Ehefrau nicht.

In den Fällen α und β kann entsprechend dem § 1379 die Zustimmung der Frau, wenn das Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich ist, auf Antrag durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Frau

entweder sie ohne ausreichenden Grund verweigert

oder durch Krankheit bzw. Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (§ 1447). Die Weigerung ist nur begründet, wenn die Gründe gegen das vorliegende Rechtsgeschäft als solches gegeben sind (R.G. Joh. 23 S. 177, R. 02 S. 294).

Auf ein ohne die erforderliche Genehmigung der Frau vorge-

nommenes Rechtsgeschäft finden die §§ 1396 Abs. 1, 3, 1397, 1398 nach Maßgabe des § 1448 entsprechende Anwendung, so daß die Wirksamkeit eines Vertrags von der nachträglichen Genehmigung der Frau abhängt, während ein einseitiges Rechtsgeschäft schlechthin unwirksam (vgl. oben S. 210 Anm. 1 und S. 750) ist. Bei Bereicherung des Gesamtgutes infolge eines solchen Rechtsgeschäfts kann die Herausgabe der Bereicherung aus demselben gemäß §§ 812 ff. gefordert werden (§ 1555).

Der Mann ist der Frau für die Verwaltung des Gesamtgutes nicht verantwortlich; er hat jedoch zu demselben Ersatz zu leisten, wenn er eine Verminderung herbeiführt

entweder in der Absicht, die Frau zu benachteiligen,

oder durch ein ohne die erforderliche Zustimmung der Frau vorgenommenes Rechtsgeschäft (§ 1456).

Auch hat er, wenn er Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut verwendet, den Wert des Verwendeten zu dem Gesamtgute zu ersetzen, während er allerdings auch umgekehrt bei Verwendung von Vorbehaltsgut in das Gesamtgut aus diesem nach Beendigung der Gütergemeinschaft Ersatz verlangen kann (§§ 1466, 1467 Abs. 2).

4. Für die rechtliche Stellung der Frau kommt in Betracht einerseits, daß sie in ihrer Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt, andererseits, daß ihr die Verwaltung des Gesamtgutes entzogen ist. Die Frau kann deshalb ein Rechtsgeschäft mit Wirkung für das Gesamtgut in der Regel nicht ohne ehemännlichen Konsens[1]) vornehmen (R.G. 54 S. 47). Wird aber durch ein von ihr ohne die erforderliche Zustimmung des Mannes vorgenommenes Rechtsgeschäft das Gesamtgut bereichert, so kann die Herausgabe der Bereicherung aus demselben nach Maßgabe der §§ 812 ff. gefordert werden (§ 1455). Ausnahmsweise bedarf jedoch die Frau auch außerhalb ihrer Schlüsselgewalt (§ 1357) für einzelne in das Verwaltungsrecht des Mannes (§ 1443) eingreifende Maßregeln seiner Mitwirkung nicht.

a) Verfügt der Mann ohne die erforderliche Zustimmung der Frau über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Recht, z. B. durch hypothekarische Belastung eines Grundstücks (§ 1445), so kann die Frau das Recht selbständig gegen Dritte gerichtlich geltend machen (§ 1449); vgl. auch § 1407 Nr. 3 (Verwaltungsgemeinschaft).

---

[1]) Im Falle des § 1451 kann die verweigerte Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden; vgl. auch § 1402 (Verwaltungsgemeinschaft).

β) Ist der Mann durch Krankheit oder Abwesenheit an der Vornahme eines auf das Gesamtgut bezüglichen Rechtsgeschäfts oder an der Führung eines dasselbe betreffenden Rechtsstreites verhindert, so kann die Frau und zwar nach ihrem Belieben

entweder im eigenen Namen

oder im Namen des Mannes

das Rechtsgeschäft vornehmen oder den Rechtsstreit führen, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (§ 1450); vgl. auch § 1401 (Verwaltungsgemeinschaft).

γ) Betreibt die Frau selbständig ein Erwerbsgeschäft, so finden die im Falle der Verwaltungsgemeinschaft geltenden Vorschriften des § 1405 entsprechende Anwendung (§ 1452); vgl. noch § 741 C.P.O.

δ) Zur Annahme oder Ausschlagung einer der Frau angefallenen Erbschaft oder eines ihr angefallenen Vermächtnisses, zum Verzicht auf den Pflichtteil, sowie zur Ablehnung eines der Frau gemachten Vertragsantrags (Offerte) oder einer Schenkung ist nur die Frau berechtigt; die Zustimmung des Mannes ist ebenso wie zur Errichtung des Inventars über eine ihr angefallene Erbschaft in Anlehnung an § 1406 Nr. 1 und 2 (Verwaltungsgemeinschaft) nicht erforderlich (§ 1453).

ε) Die Frau bedarf zur Fortsetzung eines bei dem Eintritt der Gütergemeinschaft anhängigen Rechtsstreites nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1454); vgl. noch § 1407 Nr. 1; § 742 Abs. 2 C.P.O.

5. Der eheliche Aufwand fällt dem Gesamtgut zur Last (§ 1458); vgl. dagegen §§ 1389 (Verwaltungsgemeinschaft), 1427 (Gütertrennung).

6. Das Gesamtgut haftet für die Schulden beider Ehegatten, für die des Mannes schlechthin, für die der Frau in der Regel (Gesamtgutsverbindlichkeiten)[1]), also auch für eine Verbindlichkeit derselben ex lege und ex delicto (§ 1459 Abs. 1). Die Ausnahmen von dieser Regel sind in den §§ 1460 bis 1462 enthalten.

α) Die Gläubiger der Frau können sich wegen einer Verbindlichkeit derselben aus einem nach dem Eintritt der Gütergemeinschaft vorgenommenen Rechtsgeschäft entsprechend dem § 1412 (Verwaltungsgemeinschaft) an das Gesamtgut nur dann halten, wenn

---

[1]) Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ist ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil erforderlich und genügend (§ 740 C.P.O.; dazu § 742 das.).

entweder der Mann seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilt, oder das Rechtsgeschäft ohne seine Zustimmung für das Gesamtgut wirksam ist, z. B. nach § 1450. Doch haftet für die Kosten eines Rechtsstreits der Frau das Gesamtgut auch dann, wenn das Urteil diesem gegenüber nicht wirksam ist (§ 1460).

β) Das Gesamtgut haftet überhaupt nicht für die Verbindlichkeiten der Frau, die

entweder infolge des Erwerbes einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses erwachsen, wenn die Frau die Erbschaft oder das Vermächtnis nach dem Eintritt der Gütergemeinschaft als Vorbehaltsgut erwirbt (§ 1461), vgl. § 1413 (Verwaltungsgemeinschaft),

oder nach dem Eintritt der Gütergemeinschaft infolge eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes oder des Besitzes einer dazu gehörenden Sache entstehen, z. B. zur Berichtigung der auf dem Vorbehaltsgut ruhenden dinglichen Lasten. Die Haftung tritt jedoch ein[1]), wenn die Sache oder das Recht zu einem von der Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfte (§§ 1452, 1405) gehört (§ 1462); vgl. § 1414 (Verwaltungsgemeinschaft).

Für die Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, haftet der Mann auch persönlich als Gesamtschuldner, während die Frau für die Schulden des Mannes persönlich überhaupt nicht haftet (vgl. dagegen § 1480). Aber diese persönliche Haftung des Mannes erlischt mit der Beendigung der Gütergemeinschaft, sofern die Verbindlichkeiten[2]) der Frau, z. B. aus einem auf das Vorbehaltsgut der Frau bezüglichen Rechtsverhältnis (§ 1463 Nr. 2), im Verhältnis der Ehegatten zu einander nicht dem Gesamtgut zur Last fallen (§ 1459 Abs. 2). In der Regel fallen die Gesamtgutsverbindlichkeiten auch im inneren Verhältnis der Ehegatten zu einander dem Gesamtgut zur Last (vgl. § 1475 Abs. 1); die Ausnahmen sind aus den §§ 1463 bis 1465 ersichtlich (vgl. § 1475 Abs. 2 cit.).

7. Was ein Ehegatte zu dem Gesamtgute oder die Frau zu dem Vorbehaltsgute des Mannes schuldet, ist erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft zu leisten; soweit jedoch zur Be-

---

[1]) Vgl. auch §§ 741, 774 C.P.O.

[2]) Wegen Überschuldung des Gesamtguts durch solche Verbindlichkeiten kann der Ehemann nach Maßgabe des § 1469 auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen.

richtigung einer Schuld der Frau deren Vorbehaltsgut ausreicht, hat sie die Schuld schon vorher zu berichtigen (§ 1467). Vgl. 1541 (Errungenschaftsgemeinschaft).

d) Aufhebung der Gütergemeinschaft [1]).

1. Jeder der beiden Ehegatten kann bei erheblicher, auf die Verhältnisse des anderen Teiles zurückzuführender Gefährdung, jedoch nur in den gesetzlich bestimmten Fällen (§§ 1468, 1469), die Aufhebung der Gütergemeinschaft im Klagewege herbeiführen; dieselbe tritt alsdann mit der Rechtskraft des Urteils ein. Für die Zukunft gilt Gütertrennung (§§ 1426 ff.). Dritten gegenüber ist jedoch die Aufhebung der Gütergemeinschaft nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam (§ 1470).

2. Nach der Beendigung der Gütergemeinschaft findet in Ansehung des Gesamtguts die Auseinandersetzung statt, bis dahin steht die Verwaltung des Gesamtguts unbeschadet der entsprechenden Anwendung des § 1424 beiden Ehegatten gemeinschaftlich (R.G. 48 S. 271), nicht mehr dem Manne (§ 1443) allein zu (§ 1472). Vgl. auch §§ 1497, 1498 (fortgesetzte Gütergemeinschaft), 1546 (Errungenschaftsgemeinschaft). Die Ehefrau kann mithin auch gemeinschaftlichen Besitz verlangen. Das Gesamtgutsverhältnis besteht fort. Aber der spätere Erwerb der Ehegatten fällt, von der Surrogation gemäß § 1473 abgesehen, nicht mehr in das Gesamtgut, die späteren Verbindlichkeiten eines Ehegatten werden nicht mehr Gesamtgutsverbindlichkeiten. — Die Auseinandersetzung (§§ 1475 ff.) erfolgt, soweit nicht eine andere Vereinbarung getroffen wird, in der Weise, daß aus dem Gesamtgute zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten berichtigt werden; fällt jedoch eine Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnis der Ehegatten zu einander einem der Ehegatten allein zur Last, z. B. nach § 1463, so kann dieser die Berichtigung aus dem Gesamtgute insoweit nicht verlangen. Der nach der Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibende Überschuß gebührt den Ehegatten zu gleichen Teilen, wobei sich jeder von ihnen auf seinen Anteil anrechnen lassen muß, was er zu dem Gesamtgute zu ersetzen verpflichtet ist; soweit die Ersatzleistung nicht durch Anrechnung erfolgt, bleibt er dem anderen Ehegatten verhaftet. Im übrigen geschieht die Teilung des Überschusses nach den Vorschriften über die Gemeinschaft (§§ 752 ff.), jedoch mit der Befugnis eines jeden Ehegatten, die ausschließlich zu seinem persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen, sowie

[1]) Vgl. §§ 743, 744, 860 Abs. 2 C.P.O.; §§ 12, 16 K.O.

die von ihm herrührenden Gegenstände gegen Ersatz des Wertes zu übernehmen. Soll bei einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die zu dem Gesamtgut gehört, ein Beteiligter, auf den das Recht bei der Auseinandersetzung übertragen ist, als neuer Gläubiger eingetragen werden, so genügt zum Nachweise der Auseinandersetzung und der Eintragungsbewilligung ein Zeugnis des Nachlaßgerichts, welches nur gemäß § 37 Abs. 2 Gr.O. ausgestellt werden darf (§ 38 das.)[1]).

α) Wird eine Gesamtgutsverbindlichkeit nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigt, so kann sich der Gläubiger selbstverständlich an den ihm persönlich obligierten Ehegatten halten, an den Mann also im Falle des § 1459 Abs. 2 auch wegen einer Gesamtgutsverbindlichkeit der Frau. Daneben haftet dem Gläubiger aber auch persönlich als Gesamtschuldner der andere Ehegatte, für den zur Zeit der Teilung eine solche Haftung nicht besteht, also z. B. die Frau für eine Verbindlichkeit des Mannes, die Gesamtgutsverbindlichkeit ist; doch beschränkt sich die Haftung dieses anderen Ehegatten unter entsprechender Anwendung der §§ 1990, 1991 lediglich auf die ihm zugeteilten Gegenstände (§ 1480)[2]).

β) Unterbleibt bei der Auseinandersetzung die Berichtigung einer Gesamtgutsverbindlichkeit, die im Verhältnis der Ehegatten zu einander dem Gesamtgut oder dem Manne zur Last fällt, so hat der Mann dafür einzustehen, daß die Frau von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird. Die gleiche Verpflichtung trifft umgekehrt die Frau dem Manne gegenüber, wenn die Berichtigung einer im Verhältnis der Ehegatten zu einander der Frau zur Last fallenden Gesamtgutsverbindlichkeit unterbleibt (§ 1481).

e) Fortsetzung der Gütergemeinschaft[3]).

Im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten hat man zu unterscheiden:

1. Beim Nichtvorhandensein eines gemeinschaftlichen Abkömmlings (bei unbeerbter Ehe) gehört der Anteil des verstorbenen

[1]) Vgl. noch Art. 10 A.G. z. Gr.O.

[2]) Wegen des Vorbehalts im Urteile vgl. §§ 780 Abs. 1, 781, 785, 786 C.P.O.

[3]) Vgl. auch § 4 Art. 47 und § 3 Art. 56 A.G. Im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den überlebenden Ehegatten ergangenes Urteil erforderlich und genügend (§ 745 Abs. 1 C.P.O.). Die Unpfändbarkeit bzw. Pfändbarkeit der Anteile erhellt aus § 860 Abs. 1 und 2 das. Vgl. noch §§ 1, 2, 16 K.O.

Ehegatten am Gesamtgute zum Nachlasse; letzteres zerfällt mithin nicht in seine ursprünglichen Bestandteile. Die Beerbung des Ehegatten erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 1482). Der überlebende Ehegatte erhält hiernach weder das ganze Gesamtgut (Konsolidation), noch den Nießbrauch an den Erbteilen etwaiger Miterben (§§ 1931 ff.).

Die gleichen Rechtsfolgen ergeben sich, wenn

entweder der überlebende Ehegatte bei beerbter Ehe (2) die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ablehnt (§ 1484),

oder diese Fortsetzung ausgeschlossen (R.G. R. d. O.L. 7 S. 60 ff.) wird (§§ 1510, 1508, 1509).

2. Beim Vorhandensein gemeinschaftlicher Abkömmlinge (beerbter Ehe) treten nach dem System der fortgesetzten Gütergemeinschaft die im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufenen gemeinschaftlichen Abkömmlinge an Stelle des verstorbenen Ehegatten in die bisherige eheliche Gütergemeinschaft ein, letztere wird also zwischen ihnen und dem überlebenden Ehegatten, der die Fortsetzung aber auch ablehnen kann (§ 1484), fortgesetzt. Der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute gehört in diesem Falle nicht zum Nachlasse, fällt vielmehr den erbberechtigten gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu; im übrigen erfolgt aber die Beerbung des Ehegatten, z. B. in Ansehung des Vorbehaltsguts (§ 1440), nach den allgemeinen Vorschriften. Sind neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen noch andere, also einseitige, vorhanden, so bestimmen sich ihr Erbrecht und ihre Erbteile auch rücksichtlich des ehelichen Gesamtgutes (§ 1485) so, wie wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und der gemeinschaftlichen Deszendenz nicht eingetreten wäre (§ 1483); in diesen Beziehungen bleibt die Fortsetzung der Gütergemeinschaft außer Betracht.

α) Das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft besteht

αα) aus dem ehelichen Gesamtgut, soweit es nicht nach § 1483 Abs. 2 einem nicht anteilsberechtigten (einseitigen) Abkömmling auf sein Erbteil zufällt,

ββ) aus dem Vermögen, das der überlebende Ehegatte aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten, z. B. aus dessen Vorbehaltsgute, oder nach dem Eintritte der fortgesetzten Gütergemeinschaft erwirbt.

Dagegen fällt das Vermögen, welches ein gemeinschaftlicher

Abkömmling zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat oder später erwirbt, nicht in das Gesamtgut.

Die Zugehörigkeit der einzelnen Gegenstände zum Gesamtgut tritt ipso iure ein, sie wird nicht erst durch besonderen rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt begründet (§ 1485).

β) Die Rechte und Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten, sowie der anteilsberechtigten Abkömmlinge in Ansehung des Gesamtgutes der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestimmen sich nach den für die eheliche Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften der §§ 1442[1]) bis 1449, 1455 bis 1457, 1466. Hierbei nimmt aber der überlebende Ehegatte, auch wenn dies die Frau ist, die rechtliche Stellung ein, welche in der ehelichen Gemeinschaft dem Manne zukommt, er hat also insbesondere das Verwaltungs- und Verfügungsrecht in Ansehung des Gesamtgutes, während die Stellung der anteilsberechtigten Abkömmlinge derjenigen entspricht, welche die Ehefrau bis zur Auflösung der Ehe besaß, so daß namentlich zu denjenigen Rechtsgeschäften und Verfügungen, zu deren Vornahme der Mann bis dahin der Einwilligung der Frau bedurfte, der überlebende Ehegatte jetzt den Konsens der Abkömmlinge einzuholen hat (§ 1487). Vgl. auch § 745 C.P.O.

γ) Aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft können die Gläubiger Befriedigung verlangen (Gesamtgutsverbindlichkeiten)

αα) wegen der Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten

ββ) wegen solcher Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten, die Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1459 ff.) waren (§ 1488).

Für die vorerwähnten Gesamtgutsverbindlichkeiten (*αα*, *ββ*) haftet der überlebende Ehegatte den Gläubigern auch persönlich mit der aus dem § 1489 Abs. 2 ersichtlichen Einschränkung. Dagegen wird eine persönliche Haftung der anteilsberechtigten Abkömmlinge für die Verbindlichkeiten des verstorbenen oder des überlebenden Ehegatten durch die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht begründet (vgl. jedoch §§ 1498, 1480, 1481, 1504), ebensowenig wie sie der letztere durch

---

[1]) Hiernach sind die Anteile des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge an dem Gesamtgute und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen ihrer Verfügung und deshalb auch der Pfändung (§ 860 C.P.O.) entzogen. Diese Vorschrift wird durch § 2023 nicht berührt (R.G. J.W. Beil. 03 S. 26, R. 03 S. 182).

seine Verwaltungshandlungen persönlich mit Schulden belasten kann (§§ 1489, 1487, 1443 Abs. 2).

δ) Die fortgesetzte Gütergemeinschaft endigt

αα) kraft Gesetzes,

α_2) mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten (§ 1493),

β_2) mit dem Tode des überlebenden Ehegatten bzw. bei Todeserklärung desselben mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt (§ 1494, 18). Beim Tode eines anteilsberechtigten Abkömmlings dagegen findet die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht statt, vielmehr treten seine in dem § 1490 bezeichneten Abkömmlinge an seine Stelle, ev. wächst sein Anteil an dem Gesamtgut den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen, eventualissime dem überlebenden Ehegatten an, zu seinem Nachlasse gehört er nicht,

ββ) infolge Aufhebung.

α_2) Der überlebende Ehegatte kann die fortgesetzte Gütergemeinschaft entweder durch einseitige Erklärung oder durch Vertrag mit den anteilsberechtigten Abkömmlingen gemäß § 1492 jederzeit aufheben.

β_2) Der einseitige oder vertragsmäßige Verzicht eines anteilsberechtigten Abkömmlings auf seinen Anteil an dem Gesamtgute hat die gleichen Wirkungen wie sein Tod bei Nichthinterlassung von Abkömmlingen (§ 1491), d. h. sein Anteil wächst dem überlebenden Ehegatten an.

γ_2) Erzwingen kann der anteilsberechtigte Abkömmling die Aufhebung nur durch Klage und nur aus den in dem § 1495 angegebenen wichtigen Gründen; die Aufhebung tritt alsdann mit der Rechtskraft des Urteils und zwar für alle Abkömmlinge zugleich ein, auch wenn das Urteil nur auf die Klage eines von ihnen ergangen ist (§ 1496).

ε) Die Auseinandersetzung, welche nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgt, ist im wesentlichen wie bei Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft[1]) geregelt (§§ 1497 ff.), wobei der überlebende Ehegatte die Stelle des Mannes einnimmt, während an die Stelle der Frau die anteilsberechtigten Abkömmlinge treten. Bis

[1]) Vgl. auch § 786 C.P.O.

zur Auseinandersetzung bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Teilhaber am Gesamtgute nach den §§ 1442, 1472, 1473[1]). Dem überlebenden Ehegatten ist jedoch, von dem Fall der Aufhebung durch rechtskräftiges Urteil (§ 1495) abgesehen, die unvererbliche, für die Erhaltung einer wirtschaftlichen Existenz bedeutungsvolle Befugnis eingeräumt, das Gesamtgut im ganzen oder einzelne dazu gehörende Gegenstände gegen Ersatz des Wertes zu übernehmen; in dem ausgenommenen Falle steht den anteilsberechtigten Abkömmlingen gemeinschaftlich ein beschränktes Übernahmerecht zu (§ 1502).

ζ) Die Vorschriften über das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils finden zugunsten eines anteilsberechtigten Abkömmlings, ebenso wie die über die Erbunwürdigkeit eines gemeinschaftlichen Abkömmlings in bezug auf den Anteil am Gesamtgut entsprechende Anwendung (§§ 1505, 1506); die Erbunwürdigkeit macht den gemeinschaftlichen Abkömmling auch des Anteils an dem Gesamtgut unwürdig. Als gesetzlicher Erbteil gilt der dem Abkömmlinge zur Zeit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebührende Anteil an dem Gesamtgute, als Pflichtteil die Hälfte des Werts dieses Anteils.

3. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (2) kann mit der Wirkung aus § 1482 (1) ausgeschlossen werden (§ 1510)

entweder durch Ehevertrag beider Ehegatten (§§ 1508, 1437)

oder durch letztwillige Verfügung eines Ehegatten für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod, jedoch nur dann, wenn er berechtigt ist, dem anderen Ehegatten den Pflichtteil zu entziehen (§§ 2335 ff.) oder auf Aufhebung der Gütergemeinschaft zu klagen (§§ 1468 ff.).

Jeder Ehegatte kann aber auch — die Zustimmung des anderen Ehegatten vorausgesetzt (§ 1516) —

α) für den Fall, daß die Ehe durch seinen Tod aufgelöst wird, einen gemeinschaftlichen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch letztwillige Verfügung ganz ausschließen (§ 1511),

β) für den Fall, daß mit seinem Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt,

---

[1]) Vgl. auch § 1546 (Errungenschaftsgemeinschaft).

αα) den einem anteilsberechtigten Abkömmling nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebührenden Anteil an dem Gesamtgute durch letztwillige Verfügung bis auf die Hälfte herabsetzen (§ 1512) oder ihm gemäß § 1513 ganz entziehen,

ββ) durch letztwillige Verfügung anordnen, daß ein anteilsberechtigter Abkömmling das Recht haben soll, bei der Teilung das Gesamtgut oder einzelne dazu gehörende Gegenstände gegen Wertsersatz zu übernehmen (§ 1515); (Art. 137 E.G.)[1]).

III. Errungenschaftsgemeinschaft[2]) (§§ 1519 bis 1548).

a) Rechtliche Natur.

Das Wesen der Errungenschaftsgemeinschaft besteht darin, daß nicht das ganze Vermögen, sondern nur der Erwerb beider Ehegatten, ihre Errungenschaft während des Bestehens der Gemeinschaft von Rechts wegen ihr gemeinschaftliches Vermögen (Gesamtgut) wird und einen besonderen Vermögensinbegriff bildet, für dessen rechtliche Gestaltung wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die Grundsätze der Gemeinschaft zur gesamten Hand maßgebend waren. Demgemäß kann ein Ehegatte nicht über seinen Anteil an dem Gesamtgut und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen, er ist auch nicht berechtigt, Teilung zu verlangen (§§ 1519, 1438 Abs. 2, 3, 1442). Daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei, wird vermutet (§ 1527). Hiervon zu sondern ist

1. das eingebrachte Gut eines Ehegatten. Dasselbe wird gebildet

α) aus dem Vermögen, das ihm bei dem Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft gehört (§ 1520),

β) aus dem, was er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, jedoch mit Ausnahme des den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnenden Erwerbs (§ 1521),

γ) aus den rechtsgeschäftlich nicht übertragbaren Gegenständen, z. B. nach §§ 399, 400, sowie den Rechten, die mit seinem Tode erlöschen, z. B. Nießbrauch (§ 1061), oder deren Erwerb durch den Tod eines der Ehegatten bedingt ist (§ 1522).

[1]) Vgl. noch Art. 83 A.G. (Feststellung des Ertragswerts eines Landguts).

[2]) Vgl. Art. 53 ff. A.G. Die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut ist in den §§ 739 ff. C.P.O. geregelt, die Pfändbarkeit bzw. Unpfändbarkeit der Anteile in § 860 Abs. 1 und 2 das. Vgl. noch §§ 2, 16 K.O.

δ) aus den durch Ehevertrag für eingebrachtes Gut erklärten Vermögensbestandteilen (§ 1523),

ε) aus dem, was der Ehegatte auf Grund eines zu seinem eingebrachten Gute gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstandes oder durch ein auf dasselbe sich beziehendes Rechtsgeschäft erwirbt (Surrogat), mit Ausnahme des Erwerbs aus dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§ 1524);

2. das Vorbehaltsgut der Frau. In dasselbe fällt

α) was durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt ist,

β) was von der Frau nach § 1369 (Erwerb von Todes wegen oder durch unentgeltliche Zuwendung eines Dritten mit der Bestimmung als Vorbehaltsgut) oder nach § 1370 (Surrogat des Vorbehaltsguts) erworben wird (§ 1526). Vgl. noch § 1440 Abs. 2 (Gütergemeinschaft). Vorbehaltsgut des Mannes ist ausgeschlossen.

b) Rechtsverhältnis während der Errungenschaftsgemeinschaft.

1. Das eingebrachte Gut wird für Rechnung des Gesamtguts in der Weise verwaltet, daß die Nutzungen, welche nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften dem Manne zufallen, zu dem Gesamtgute gehören. Im übrigen finden auf das eingebrachte Gut der Frau die Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 bis 1417 entsprechende Anwendung.

2. Für das Vorbehaltsgut der Frau gilt nach § 1526 Abs. 3 das Gleiche wie für das Vorbehaltsgut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1371).

3. In Ansehung des Gesamtgutes ergibt sich aus dem Wesen der Errungenschaft folgendes:

α) Die Verwaltung und Verfügung steht mit denselben Einschränkungen wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft dem Manne zu, welcher für seine Verwaltung der Frau an sich nicht verantwortlich ist und sie durch seine Verwaltungshandlungen weder Dritten noch ihm selbst gegenüber persönlich obligiert (§ 1519 Abs. 2).

β) Der eheliche Aufwand fällt dem Gesamtgute zur Last. Dasselbe trägt aber auch die Lasten des eingebrachten Gutes beider Ehegatten, wobei sich der Umfang der Lasten nach den §§ 1384 bis 1387 bestimmt (§ 1529).

γ) Das Gesamtgut haftet (Gesamtgutsverbindlichkeiten)

αα) für die Verbindlichkeiten des Mannes, auch die vor dem Eintritt der Gemeinschaft entstandenen,

ββ) für die in den §§ 1531 bis 1534 bezeichneten Verbindlichkeiten der Frau, insbesondere aus einem mit ehemännlichem Konsens vorgenommenen oder ohne solchen für das Gesamtgut wirksamen Rechtsgeschäfte. Für diese Verbindlichkeiten haftet der Mann auch persönlich als Gesamtschuldner, so daß die Gläubiger der Frau sich insoweit auch an sein eingebrachtes Gut halten können. Diese persönliche Haftung des Mannes erlischt jedoch mit der Beendigung der Gemeinschaft, wenn die Verbindlichkeiten im Verhältnis der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgute zur Last fallen (§ 1530).

Welche Verbindlichkeiten in dem Verhältnis der Ehegatten zueinander dem einen oder anderen von ihnen zur Last fallen, ergeben die §§ 1535 ff.

δ) Soweit[1]) das eingebrachte Gut eines Ehegatten auf Kosten des Gesamtguts oder das Gesamtgut auf Kosten des eingebrachten Guts eines Ehegatten zur Zeit der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft bereichert ist, muß zum Zwecke der Ausgleichung, unbeschadet weitergehender, auf besonderen Gründen, z. B. §§ 823 ff. beruhender Ansprüche, aus dem bereicherten Gute zu dem anderen Gute Ersatz geleistet werden (§ 1539).

c) Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft.

1. Gründe.

α) Die Aufhebung der Gemeinschaft kann von jedem der beiden Ehegatten, und zwar

αα) von der Frau unter den Voraussetzungen der §§ 1418 Nr. 1, 3 bis 5, nämlich den Gründen für die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung, und des § 1468, nämlich den Gründen für die Aufhebung der Gütergemeinschaft,

ββ) von dem Manne unter den Voraussetzungen des § 1469

im Wege der Klage, interimistisch auch im Wege der einstweiligen Verfügung (R.G. Gr. 02 S. 951, R. 03 S. 104), herbeigeführt werden; sie tritt alsdann mit der Rechtskraft des Urteils ein (§ 1542).

---

[1]) § 1540 enthält eine Vermutung für die Bereicherung des Gesamtguts.

β) Die Gemeinschaft endigt von Rechts wegen

αα) mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet wird; vgl. § 860 C.P.O.; § 1 K.O.;

ββ) mit dem Zeitpunkt, der im Falle der Todeserklärung eines Ehegatten als Zeitpunkt des Todes gilt (§§ 1543, 1544).

2. Wirkung.

α) Endigt die Errungenschaftsgemeinschaft aus den unter 1 bezeichneten Gründen, so gilt für die Zukunft Gütertrennung. Doch ist Dritten gegenüber die Beendigung der Gemeinschaft nur nach Maßgabe des § 1435 das. wirksam (§ 1545).

β) Nach der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft, aus welchem Grunde immer, findet in Ansehung des Gesamtguts die Auseinandersetzung statt. Bis zu derselben bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Ehegatten nach den §§ 1442, 1472, 1473, so daß die Verwaltung beiden Ehegatten gemeinschaftlich zusteht. — Die Auseinandersetzung selbst erfolgt mangels anderweiter Vereinbarung ebenfalls nach den für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften der §§ 1475 bis 1477, 1479 bis 1481[1]), wonach eine etwaige Einbuße von dem Manne allein zu tragen ist, dieser dafür einzustehen hat, daß die Frau von dem Gläubiger einer Gesamtgutsverbindlichkeit, die im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute oder dem Manne zur Last fällt, nicht in Anspruch genommen wird.

Auf das eingebrachte Gut der Frau finden die für die Beendigung des Güterstands der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften der §§ 1421 bis 1424 Anwendung (§ 1546).

γ) Eine Klage auf Wiederherstellung der Gemeinschaft findet nach Maßgabe der §§ 1547, 1548 statt.

IV. Fahrnisgemeinschaft[2]) (§§ 1549 bis 1557).

a) Rechtliche Natur und Gegenstand.

1. Die Fahrnisgemeinschaft, welche das bewegliche Vermögen

[1]) Vgl. §§ 780, 781, 785, 786 C.P.O.

[2]) Vgl. Art. 55 ff. A.G. Die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut ist in den §§ 739 ff. C.P.O. geregelt, die Unpfändbarkeit bzw. Pfändbarkeit in § 860 das. Vgl. noch §§ 2, 16 K.O.

und die Errungenschaft (Gesamtgut) umfaßt, steht der allgemeinen Gütergemeinschaft näher als der Errungenschaftsgemeinschaft und unterliegt deshalb den für erstere geltenden Vorschriften mit einzelnen Abweichungen (§ 1549), die hier hervorgehoben werden sollen.

2. Von dem Gesamtgut ausgeschlossen ist

α) das eingebrachte Gut eines Ehegatten; auf dasselbe finden die bei der Errungenschaftsgemeinschaft für das eingebrachte Gut geltenden Vorschriften (§§ 1525, 1528, 1535, 1537, 1539 ff., 1546 Abs. 2) Anwendung (§ 1550). Das eingebrachte Gut eines Ehegatten aber setzt sich zusammen

αα) aus dem unbeweglichen Vermögen, das er bei dem Eintritt der Fahrnisgemeinschaft hat oder während derselben durch Erbfolge usw. erwirbt (§ 1551 Abs. 1); hierzu gehören hier nicht bloß Grundstücke nebst Zubehör, sondern auch Rechte an Grundstücken, mit Ausnahme der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, sowie die im § 1551 Abs. 2 bezeichneten Forderungen,

ββ) aus den Gegenständen, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können (§ 1552),

γγ) aus dem, was durch Ehevertrag für eingebrachtes Gut erklärt ist (§ 1553),

δδ) aus dem ihm von Todes wegen, sowie unentgeltlich unter Lebenden mit der Bestimmung Zugewendeten, daß der Erwerb eingebrachtes Gut sein soll (§ 1553 cit.),

εε) aus demjenigen, was er als Ersatz für einen zum eingebrachten Gut gehörenden Vermögensbestandteil in der in dem § 1524 bezeichneten Weise erwirbt; ausgenommen sind jedoch die Surrogate der nicht durch Rechtsgeschäft übertragbaren Gegenstände (§ 1554);

β) das Vorbehaltsgut der Frau, während Vorbehaltsgut des Mannes wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1526 Abs. 2) überhaupt nicht vorkommt (§ 1555).

b) Gesamtgutsverbindlichkeiten.

Bezüglich der Haftung des Gesamtguts für die Schulden der Ehegatten und des Verhältnisses derselben in Ansehung dieser Verbindlichkeiten gelten Besonderheiten nicht. Erwirbt jedoch ein Ehegatte während der Fahrnisgemeinschaft durch Erbfolge usw. Gegenstände, die teils Gesamtgut, teils eingebrachtes Gut werden, so fallen die infolge des

Erwerbes entstehenden Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgut und dem Ehegatten, der den Erwerb macht, verhältnismäßig zur Last (§ 1556).

c) Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Dieselbe tritt nur bei Vereinbarung durch Ehevertrag ein (§ 1557).

Dritter Abschnitt: Die Ehescheidung.

§ 87.

Gründe und Wirkungen der Ehescheidung (§§ 1564 bis 1587; Art. 17, 201, 202 E.G.; §§ 606 bis 639 C.P.O.).

I. Begriff.

Unter Ehescheidung versteht man die Auflösung des Bandes einer gültigen Ehe durch richterliches Urteil; gemäß § 1575 kann aber auch statt auf Scheidung nur auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt und erkannt werden (§ 639 C.P.O.). Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils [1]) ein (§ 1564).

II. Scheidungsgründe.

Die Scheidung erfolgt auf einseitigen Antrag, der im Wege der Klage gestellt wird und nur auf die gesetzlich anerkannten Gründe gestützt werden kann; gegenseitige Einwilligung reicht nicht aus, da die Ehe eine über dem Willen der Ehegatten stehende sittliche Ordnung ist.

a) Die gesetzlichen Scheidungsgründe setzen in der Regel eine Verschuldung des anderen Teiles voraus; man unterscheidet aber hier wieder Tatbestände,

1. welche das Recht auf Scheidung unbedingt gewähren (absolute Scheidungsgründe),

2. welche nur dann zur Scheidung führen, wenn sie in concreto das eheliche Verhältnis so tief zerrüttet haben, daß dem andern Teile die Fortsetzung der Ehe als Rechtspflicht nicht mehr auferlegt werden kann (relative Scheidungsgründe).

1. Zu der ersteren Kategorie gehören

---

[1]) Die Rechtskraft des gemäß der Klage ergangenen Scheidungsurteils wird durch die Berufung des Beklagten auch dann gehemmt, wenn letztere zum Zweck der Erhebung der Widerklage erfolgt (R.G. Gr. 02 S. 958).

α) der Ehebruch (St.A. 52 S. 243; R.G. 9 S. 189, 38 S. 181, J.W. Beil. 02 S. 215, R. 02 S. 263) und die nach den §§ 171, 175 R.St.G.B. strafbaren Handlungen (Doppelehe, widernatürliche Unzucht) eines Ehegatten, gleichgültig ob des Mannes oder der Frau.

Das Scheidungsrecht des anderen Teiles ist jedoch ausgeschlossen, wenn er dem Ehebruch oder der strafbaren Handlung zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht (§ 1565),

β) Lebensnachstellung, worunter nur vorsätzliche, gegen das Leben gerichtete Handlungen zu verstehen sind (Ob. Trib. Präj. 1012); der gefährliche Charakter der Tätlichkeiten genügt, auch wenn sie keine Folgen hatten (St.A. 96 S. 72),

γ) bösliche Verlassung. Solche liegt nur vor, wenn ein Ehegatte

entweder nach rechtskräftiger Verurteilung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ein Jahr lang gegen den Willen des anderen Ehegatten in böslicher Absicht (R.G. 20 S. 208, J.W. Beil. 02 S. 248, S. 273, S. 274, Beil. 03 S. 12, S. 26, R. 03 S. 155, S. 237; K.G. R. 03 S. 18) dem Urteile nicht Folge geleistet hat (R.G. Gr. 03 S. 120, R. 03 S. 104; K.G. R. d. O.L. 5 S. 401),

oder sich ein Jahr lang gegen den Willen des anderen Ehegatten in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat, sofern nur die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung (§ 203 C.P.O.) seit Jahresfrist gegen ihn bestanden haben (R.G. Gr. 01 S. 1025, D. J.Z. 01 S. 442). In diesem Falle ist es nicht notwendig, daß dem schuldigen Ehegatten die Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise durch die vorgängige Verurteilung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zum Bewußtsein gebracht wird; die Scheidung ist aber unzulässig, wenn die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung am Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil im Scheidungsprozeß ergeht, nicht mehr bestehen (§ 1567).

Die bösliche Verlassung kann aber auch einen Scheidungsgrund nach § 1568 abgeben, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen (R.G. Gr. 01 S. 633).

2. Die relativen Ehescheidungsgründe, also diejenigen Tatsachen, welche unter Umständen geeignet sind, den ehelichen Frieden dauernd zu stören, aber nicht regelmäßig diese Wirkung haben, sind mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit der hierher gehörigen Fälle nicht im

einzelnen aufgeführt. Die Klagebefugnis wird vielmehr jedem Ehegatten ganz allgemein dann gewährt, wenn einer der Ehegatten

entweder durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten — als solche gilt grobe Mißhandlung —, aber auch Ehrenkränkungen und geringe Tätlichkeiten (R.G. 47 S. 31, J.W. Beil. 03 S. 103), dauernde und grundlose Versagung des Beischlafs (R.G. J.W. Beil. 02 S. 241, R. 02 S. 396), böswillige Versagung des Unterhalts (St.A. 14 S. 31; R.G. J.W. 01 S. 294), wissentlich falsche Anschuldigung (R.G. 4 S. 375, J.W. 02 S. 71), schuldhafte Herbeiführung des Unvermögens zur Leistung der ehelichen Pflicht (R.G. J.W. 00 S. 54) können in concreto eine derartige Verletzung involvieren (R.G. 47 S. 32 ff.),

oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten[1]), z. B. durch Begehung eines Verbrechens (R.G. 8 S. 159, 9 S. 189, 13 S. 196, 46 S. 154, 51 S. 341, D. J.Z. 03 S. 115), Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes, beharrliche oder unverbesserliche Trunkenheit (R.G. J.W. Beil. 02 S. 223, S. 248, R. 02 S. 294, S. 435), Vernachlässigung der Kindererziehung (R.G. J.W. 01 S. 296), bösliche, wissentlich unwahre Vorwürfe (R.G. J.W. 01 S. 597, Beil. 02 S. 205, R. 02 S. 264), auch in Prozeßbehauptungen (R.G. 12 S. 293, J.W. Beil. 03 S. 44, R. 03 S. 237),

eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet (R.G. J.W. Beil. 02 S. 242, Beil. 03 S. 27, R. 02 S. 396) hat, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann (§ 1568). Auch Verfehlungen eines Ehegatten, welche nach einer bereits eingetretenen Zerrüttung der Ehe begangen werden, sind unter Umständen geeignet, den anderen Ehegatten zur Scheidungsklage zu berechtigen. Die Ursächlichkeit zwischen der Zerrüttung der Ehe und der Verschuldung, welche allerdings Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1568 ist, ergibt sich in einem solchen Falle daraus, daß dem schuldigen Teile als Erfolg seiner Verfehlung die Zerrüttung in gleichem Maße, wie wenn sie noch nicht bestanden hätte, zuzurechnen ist, indem durch das spätere pflichtwidrige Verhalten die bestehende Zerrüttung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge regelmäßig verstärkt, zum mindesten aber in dem bisherigen Bestande aufrecht erhalten wird (R.G. J.W. Beil. 02 S. 242, R. 03 S. 264). Es ist eine täglich sich erneuernde Pflicht jedes Ehegatten, dahin zu

[1]) Die Begehung einer einzelnen Unsittlichkeit kann genügen (R.G. R. 03 S. 264, J.W. Beil. 03 S. 72).

wirken, daß eine vorhandene Ehezerrüttung geheilt werde. Es genügt jedoch zur Scheidung nicht, daß Handlungen eines Ehegatten vorliegen, die unter Umständen geeignet sind, die eheliche Gesinnung des anderen Teils zu zerstören und gerechtfertigter Weise ihm die Fortsetzung der Ehe unerträglich zu machen, sondern diese Wirkung muß auch eingetreten, die eheliche Gesinnung des anderen Teils in der Tat zerstört sein. Die Gesamtheit der Verfehlungen eines Ehegatten kann zur Scheidung führen, wenn auch die einzelnen Vorgänge für sich allein hierzu nicht ausreichen (R.G. J.W. Beil. 03 S. 36, R. 03 S. 181). Haben sich beide Ehegatten einer Verfehlung im Sinne des § 1568 schuldig gemacht, so besteht zwar keine Kompensationsbefugnis, es kann aber der Schluß gerechtfertigt sein, daß nicht die Verfehlungen des einen Teils dem anderen die Fortsetzung der Ehe unerträglich gemacht, die Zerrüttungen des Ehelebens verursacht haben (R.G. 46 S. 163). Eine ursächliche Verschuldung liegt nicht vor, wenn die als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten sich darstellende Handlung des anderen Ehegatten durch ein gleich schuldvolles Verhalten des die Scheidung suchenden Ehegatten veranlaßt wurde (R.G. J.W. 01 S. 596); dagegen R.G. J.W. 02 S. 71 und Beil. S. 161.

b) Die Scheidung ist ohne Verschulden des anderen Ehegatten wegen unheilbarer Geisteskrankheit desselben zulässig. Die Krankheit, ob Wahnsinn oder Blödsinn ist unerheblich, muß während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert und einen solchen Grad erreicht haben, daß die geistige Gemeinschaft (R.G. D. J.Z. 02 S. 345, J.W. Beil. 03 S. 28) zwischen den Ehegatten aufgehoben, auch jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist (§ 1569). Feststellung der Krankheit im Entmündigungsverfahren wird nicht vorausgesetzt (R.G. 16 S. 234). Geistesschwäche genügt nicht (R.G. J.W. Beil. 02 S. 244).

III. Erlöschen des Scheidungsrechts.

Das Recht auf Scheidung erlischt in den unter II a genannten Fällen

a) durch Verzeihung (§ 1570), welche gegeben ist, wenn der Ehegatte sein subjektives Empfinden zum Ausdruck bringt, daß er trotz der widerfahrenen Unbill die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft als für ihn erträglich ansehe (R.G. J.W. 02 S. 14). Auch in genereller Weise kann die Verzeihung erfolgen (R.G. J.W. Beil. 02 S. 260, R. 02 S. 435). Die Wirksamkeit einer bedingten Verzeihung reicht nicht über den Inhalt der Erklärung hinaus (R.G. J.W. Beil. 03 S. 26),

b) durch Zeitablauf. Die Scheidungsklage muß binnen einer Präklusivfrist (St.A. 53 S. 171) von sechs Monaten von dem Zeitpunkte an erhoben werden, in dem der verletzte Ehegatte von dem Scheidungsgrunde Kenntnis erlangt. Die sechsmonatliche Frist läuft nicht, solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten tatsächlich aufgehoben ist. Der schuldige Ehegatte, der mit der tatsächlichen Trennung nicht einverstanden ist, kann diesem Zustande der Ungewißheit dadurch ein Ende machen, daß er den anderen Teil auffordert

entweder die häusliche Gemeinschaft herzustellen,

oder die Scheidungsklage zu erheben.

Die Frist läuft in diesem Falle von dem Empfang der Aufforderung an.

Der Erhebung der Klage steht die Ladung zum Sühnetermin (R.G. J.W. Beil. 02 S. 248) gleich, welche ihre Wirkung verliert, wenn

entweder der berechtigte Ehegatte im Sühnetermin nicht erscheint,

oder nach der Beendigung des Sühneverfahrens drei Monate ohne Klageerhebung verstrichen sind.

Auch die unfreiwillige vorübergehende Inhaftnahme und die sich daran anschließende Strafhaft kann als zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft geeignet erachtet werden (R.G. 53 S. 337, J.W. Beil. 03 S. 44, S. 112, R. 03 S. 340).

Nach Ablauf von 10 Jahren seit dem Eintritt des Scheidungsgrundes ist die Klage schlechthin ausgeschlossen (§ 1571).

Trotz des Verlustes der Klage ist es jedoch zulässig, daß

1. ein Scheidungsgrund auch nach Ablauf der für seine Geltendmachung bestimmten Frist im Laufe des Rechtsstreits geltend gemacht wird, sofern nur (R.G. J.W. Beil. 03 S. 71) die Frist zur Zeit der Klageerhebung noch nicht verstrichen war (§ 1572)[1],

2. Tatsachen, auf die die Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, aus materiellen Gründen oder gemäß § 616 C.P.O. (R.G. J.W. Beil. 02 S. 286, 03 S. 48, R. 03 S. 104, S. 264) zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Klage geltend gemacht werden (§ 1573). Sind also z. B. einzelne Verfehlungen eines Ehegatten verziehen, andere nicht, so können auch die ersteren noch bei

[1] Dieser Grundsatz gilt auch für die Anfechtungsgründe zur Geltendmachung der Ungültigkeit der Ehe (R.G. J.W. Beil. 03 S. 44). Die Erhebung der Scheidungsklage wahrt auch die Frist für die Anfechtung der Ehe (R.G. R. 02 S. 293, 03 S. 154).

Prüfung der Frage, ob der Ehegatte die Zerrüttung der Ehe verschuldet hat, berücksichtigt werden (R.G. 49 S. 38).

IV. Schuldfrage.

Das Urteil, welches aus einem der unter II a genannten Scheidungsgründe, nicht wegen Geisteskrankheit (St.A. 96 S. 65), auf Ehescheidung erkennt, hat sich auch über die Schuldfrage auszusprechen (R.G. 49 S. 169), weil sich die Wirkungen der Scheidung verschieden gestalten, je nachdem nur ein Teil oder jeder der beiden Ehegatten schuldig befunden wird. Die Berufung nur wegen der Schuldfrage erscheint unzulässig.

a) Wird dem Klageantrage entsprochen, so wird der Beklagte allein für schuldig erklärt. Die Schuldigsprechung muß erfolgen, ungeachtet, daß verlangt ist, keinen Teil für schuldig zu erklären (R.G. J.W. 02 S. 205, R. 02 S. 264).

b) Wird auch eine von dem Beklagten erhobene Widerklage für begründet erachtet, so sind beide Ehegatten für schuldig zu erklären. Auch hier hat die Schuldigsprechung zu erfolgen, wenn auch beantragt ist, keinen Teil für schuldig zu erklären (R.G. J.W. 02 S. 205, R. 02 S. 264). Wird Widerklage nicht erhoben, so wird trotzdem auf Antrag des Beklagten auch dem Kläger die Schuld zur Last gelegt, wenn

entweder Tatsachen vorliegen, wegen deren der Beklagte auf Scheidung klagen könnte, mag er aus Gewissensbedenken oder sonstigen Gründen diesen Schritt unterlassen (R.G. J.W. Beil. 03 S. 72, R. 03 S. 402),

oder sein Recht auf Scheidung durch Verzeihung oder Zeitablauf ausgeschlossen ist, zur Zeit des Eintritts des von dem Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes aber noch bestanden hat (§ 1574).

Eine Abwägung der beiderseitigen Schuld findet nicht statt (R.G. J.W. 01 S. 297).

V. Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Der zur Scheidungsklage berechtigte Ehegatte kann statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen.

a) Für diese Klage gelten die Vorschriften der §§ 1573, 1574, wonach insbesondere das Urteil sich auch hier über die Schuldfrage auszusprechen hat.

b) Bei Begründetheit der Klage ist auf Antrag des anderen Ehegatten statt auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf Scheidung zu erkennen.

c) Auf Grund des rechtskräftigen, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aussprechenden Urteils kann nachträglich jeder der Ehegatten die Ehescheidung beantragen (actio iudicati); ist das Urteil im Auslande ergangen, so wird Art. 17 Abs. 4 E.G. zu berücksichtigen sein.

1. Der Antrag ist unzulässig, wenn nach dem Erlaß des Urteils auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft letztere wiederhergestellt worden ist.

2. Erfolgt die Ehescheidung, so ist der in dem zugrunde liegenden Erkenntnis für schuldig erklärte Ehegatte auch in dem Scheidungsurteil für schuldig zu erklären (§§ 1575, 1576).

d) Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden Anwendung, wie wenn das Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht ergangen, die Ehe mithin nicht aufgelöst wäre.

VI. Wirkung.

Die Auflösung der Ehe, welche mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils eintritt, sowie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1586) hat folgende Wirkungen:

a) Die geschiedene Frau behält den Familiennamen des Mannes. Ist sie jedoch allein für schuldig erklärt, so kann ihr der Mann die Führung seines Namens gemäß § 1577 Abs. 3 (K.G. Joh. 22 S. 48) untersagen [1]); mit dem Verluste des Namens ihres Mannes erhält sie alsdann ihren Familiennamen wieder.

Die Frau kann nach der Scheidung ihren Familiennamen oder auch, wenn sie vor Eingehung der geschiedenen Ehe verheiratet war, den Namen wieder annehmen, den sie zur Zeit der Eingehung dieser Ehe hatte; die Befugnis zur Wiederannahme dieses letzteren Namens ist jedoch ausgeschlossen, wenn sie für den allein schuldigen Teil erklärt ist (§ 1577 Abs. 2 cit.) [1]).

b) Eine vermögensrechtliche Abfindung des unschuldigen Ehegatten (Ehescheidungsstrafe) findet nicht statt. Die vermögensrechtlichen Nachteile, welche der allein für schuldig erklärte Ehegatte erleidet, beschränken sich vielmehr (vgl. noch §§ 1478, 1549)

1. auf die Verpflichtung zur Gewährung standesgemäßen Unterhalts an den anderen Ehegatten im Falle der Bedürftigkeit nach Maßgabe der §§ 1578 ff. (R.G. 48 S. 112, R. 02 S. 462, 03 S. 155,

---

[1]) Vgl. § 1 Art. 68 A.G.

S. 402, J.W. Beil. 03 S. 88); vgl. noch § 3 Abs. 2 K.O.; §§ 323, 324 C.P.O. Diese auf Billigkeit beruhende Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung liegt in gleicher Weise, wenn die Ehe wegen Geisteskrankheit eines Ehegatten geschieden ist, dem anderen Teile ob (§ 1583).

α) Der Unterhalt ist durch Entrichtung einer in Dreimonats-Pränumerandoraten zahlbaren Geldrente (§ 760) zu gewähren.

β) Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Unterhaltspflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen.

γ) Beim Vorliegen eines wichtigen Grundes kann der Berechtigte statt der Rente eine Kapitalsabfindung verlangen (§ 1580).

δ) Die Unterhaltspflicht erlischt mit der Wiederverheiratung des Berechtigten (§ 1581).

ε) Der Tod des Verpflichteten hat das Erlöschen der Unterhaltspflicht nicht zur Folge, letztere geht auf seine Erben über, da auch der unschuldige Ehegatte mit der Scheidung sein gesetzliches Erbrecht verliert und deshalb der nötigen Fürsorge bedarf; einer unverhältnismäßigen Belastung der Erben ist durch § 1582 vorgebeugt,

2. auf die Verpflichtung zur Herausgabe der ihm von dem anderen Teile während des Brautstandes oder während der Ehe gemachten Schenkungen nach Maßgabe der §§ 812 ff., wenn ihr Widerruf erfolgt; der letztere ist nach Ablauf eines Jahres seit der Rechtskraft des Scheidungs(Aufhebungs)urteils, sowie nach dem Tode des Schenkers oder Beschenkten, ausgeschlossen (§§ 1584, 531).

c) Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Kindern wird durch die Scheidung (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) nicht berührt. Jedoch wird der Frau ohne Rücksicht darauf, ob sie für schuldig erklärt ist oder nicht, die Verpflichtung auferlegt, dem Manne einen angemessenen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts eines gemeinschaftlichen Kindes zu leisten (§ 1585). Die Sorge für die Person der Kinder bestimmt sich nach den §§ 1635, 1636.

d) Letztwillige und erbvertragsmäßige Verfügungen eines Ehegatten zugunsten des anderen sind im Falle der Scheidung in der Regel unwirksam (§§ 2077, 2268, 2278, 2279).

e) Im Falle der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, nicht der Scheidung, ist die Eingehung einer neuen Ehe ausgeschlossen (§ 1586).

VII. Wiederherstellung der Gemeinschaft.

Die mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft verbundenen Wirkungen fallen bei späterer Wiederherstellung der Gemeinschaft wieder fort (§ 1587).

Zweites Hauptstück: Das Recht der Verwandtschaft.

Erster Abschnitt: Allgemeine Vorschriften.

§ 88.

Eheliche Abstammung (§§ 1591 bis 1600; Art. 18 E.G.).

I. Begriff.

Wie bereits oben S. 43 hervorgehoben wurde, wird die Annahme der ehelichen Abstammung begünstigt. Denn ein nach der Eingehung der Ehe geborenes Kind ist selbst bei Empfang vor der Ehe ehelich, sofern nur der Mann der Frau innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat (Ob.Trib. 8 S. 73; R.G. 41 S. 158). Als solche gilt die Zeit von dem 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage der Geburt (Ob.Trib. 30 S. 140) des Kindes mit Einschluß sowohl des 181. als des 302. Tages. Steht aber fest, daß das Kind innerhalb eines Zeitraums empfangen worden ist, der weiter als 302 Tage vor dem Tage der Geburt zurückliegt, so gilt zugunsten der Ehelichkeit des Kindes dieser Zeitraum als Empfängniszeit. Der Nachweis, daß die Empfängniszeit in concreto kürzer als 180 Tage gewesen sei, ist ausgeschlossen.

Ausnahmsweise ist das nach Eingehung der Ehe geborene Kind nicht ehelich, wenn seine Erzeugung durch den Mann vor oder während der Ehe den Umständen nach offenbar unmöglich ist (§§ 1591, 1592), mithin unwiderleglich dargetan wird, z. B. auch durch Gutachten medizinischer Sachverständigen, daß die Frau das Kind von dem Manne nicht empfangen haben kann, insbesondere wegen völligen Zeugungsunvermögens (St.A. 38 S. 47) oder dauernder Krankheit desselben; die Beschaffenheit der Frucht allein wird diese offenbare Unmöglichkeit nicht ergeben (St.A. 37 S. 70).

II. Geltendmachung der Unehelichkeit.

Die Geltendmachung der Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, erfolgt im Wege der Anfechtung der Ehelichkeit.

a) Zur Anfechtung befugt ist nur der Mann, nicht die Mutter, nicht das Kind (R.G. 26 S. 306ff.); stirbt jedoch der Mann, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, so steht die Anfechtungsbefugnis nicht bloß seinen Erben, sondern einem jeden zu, der ein rechtliches Interesse daran hat, insbesondere auch dem Kinde selbst, nicht ohne weiteres jedoch dem unehelichen Vater (K.G. R. 01 S. 563).

Ausgeschlossen ist aber in der Regel die Anfechtung durch einen Vertreter (§§ 1593, 1595).

b) Die Anfechtungsbefugnis ist an eine einjährige Präklusivfrist gebunden (Ob.Trib. 9 S. 43), die mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der Mann die Geburt des Kindes erfährt (§ 1594).

c) Die Anfechtung erfolgt (§§ 1596, 1597)

1. bei Lebzeiten des Kindes durch Erhebung einer gegen dieses zu richtenden Anfechtungsklage. Vgl. §§ 640 bis 644 C.P.O.

α) Die Anfechtung gilt als nicht erfolgt, wenn

entweder die Klage zurückgenommen wird

oder der Mann vor der Erledigung des Rechtsstreits das Kind als das seinige anerkennt; vgl. noch § 1599.

β) Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden,

2. nach dem Tode des Kindes durch eine in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte.

d) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Mann das Kind nach der Geburt, z. B. auch in einer Verfügung von Todes wegen als das seinige anerkennt (St.A. 51 S. 217); vgl. auch § 1596 Abs. 2.

1. Die Anerkennung kann nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen.

2. Ist sie anfechtbar, z. B. wegen arglistiger Täuschung oder Drohung, so geschieht die Anfechtung wie die der Ehelichkeit (c) unter entsprechender Anwendung der §§ 1595 bis 1597 (§ 1599).

e) Wird von einer nach Auflösung der Ehe wiederverheirateten Frau ein Kind geboren, das nach den vorerwähnten Bestimmungen ein eheliches Kind sowohl des ersten als des zweiten Mannes sein würde, so wird auf den 270. Tag nach der Auflösung der früheren Ehe das entscheidende Gewicht gelegt. Wird das Kind vor Ablauf dieses Tages geboren, so gilt es als Kind des ersten, bei späterer Geburt als Kind des zweiten Mannes (§ 1600).

§ 89.

Unterhaltspflicht (§§ 1601 bis 1615; § 3 Abs. 2 K.O.; § 323 C.P.O.).

I. Voraussetzung.

Der Unterhaltsanspruch der Verwandten, welcher auf den durch die Einheit des Blutes und die Bande der Familie hervorgerufenen natürlichen und sittlichen Verhältnissen beruht, gelangt beim Eintritt gewisser Voraussetzungen, nämlich Bedürftigkeit (§ 1602) auf der einen, Leistungsfähigkeit (§§ 1603 ff.) auf der anderen Seite zur Entstehung und erneuert sich fort und fort, solange diese Voraussetzungen begründet sind (R.G. 4 S. 210). Der Berechtigte hat aber nicht die Leistungsfähigkeit des in Anspruch genommenen Verpflichteten, sondern dieser abweichend von R.G. 4 S. 154 seine Leistungsunfähigkeit zu beweisen. Erwerbsunfähigkeit ist schon dann anzunehmen, wenn eine der Lebensstellung des Bedürftigen entsprechende Erwerbstätigkeit ausgeschlossen erscheint (R.G. J.W. 01 S. 480). Sind Eltern leistungsunfähig, so sind sie ihren minderjährigen unverheirateten Kindern gegenüber trotzdem nach Maßgabe des § 1603 Abs. 2 grundsätzlich unterhaltspflichtig (R.G. J.W. Beil. 03 S. 29); sie müssen sich nötigenfalls auf das Unentbehrlichste für ihren Lebensbedarf einschränken (R.G. R. 03 S. 181).

II. Kreis der Beteiligten.

Die gegenseitige Unterhaltspflicht beschränkt sich auf Verwandte in grader Linie (§ 1589), nicht Verschwägerte (Ob.Trib. 29 S. 380); für Geschwister ist sie nicht anerkannt[1]) (§ 1601).

a) Reihenfolge der Verpflichteten.

1. Der Ehegatte des Bedürftigen haftet vor dessen Verwandten, soweit nicht einer der Ausnahmefälle des § 1608 vorliegt.

2. Die Abkömmlinge (Deszendenten) sind vor den Verwandten der aufsteigenden Linie (Aszendenten) unterhaltspflichtig. Die Unterhaltspflicht der Abkömmlinge bestimmt sich nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung (§§ 1924 ff.), nicht nach der Gradesnähe; ihre Haftung ist weder eine solidarische (R.G. 4 S. 150 ff.), noch eine gemeinschaftliche, sondern eine bloß anteilweise, die Anteile bemessen sich nach dem Verhältnisse der Erbteile der Abkömmlinge, nicht nach ihren Vermögens- und Erwerbsverhältnissen (§ 1606 Abs. 1). Diese Teilung

---

[1]) War die Unterhaltspflicht vor dem 1. Januar 1900 durch rechtskräftiges Urteil festgestellt, so ist sie dennoch seitdem in Wegfall gekommen (R.G. 46 S. 65 ff.).

gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß die als Mitverpflichtete in Betracht kommenden Personen, in letzter Linie wenigstens, ebenfalls leistungsfähig sind, die Möglichkeit eines bruchteilweisen Ausfalls also nicht vorliegt (R.G. 52 S. 195, J.W. Beil. 02 S. 274, Gr. 03 S. 128, R. 03 S. 18, S. 104, 105). Deshalb haben unterhaltsberechtigte Eltern, wenn von mehreren Kindern das eine leistungsunfähig und ohne Abkömmlinge ist, von den anderen leistungsfähigen den vollen Unterhalt zu beanspruchen.

3. Unter den Verwandten der aufsteigenden Linie haften die näheren vor den entfernteren, mehrere gleich nahe zu gleichen Teilen. Der Vater haftet jedoch vor der Mutter, ausnahmsweise haftet letztere vor ersterem, wenn ihr die Nutznießung an dem Kindesvermögen zusteht (§ 1606 Abs. 2), z. B. nach § 1685 Abs. 2. In Alimentenprozessen des ehelichen Kindes gegen seinen Vater wird das Kind nicht durch die Mutter als solche, sondern durch den Pfleger vertreten. Die Mutter hat auch keinen Anspruch auf Unterhalt des Kindes aus eigenem Rechte (K.G. R. 02 S. 294).

4. Soweit ein an sich Unterhaltspflichtiger wegen Leistungsunfähigkeit (§ 1603) in concreto nicht unterhaltspflichtig ist, oder aber wenn die Rechtsverfolgung gegen ihn im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, dann hat der nach ihm haftende Verwandte den Unterhalt zu gewähren (§§ 1607, 1608). Der Anspruch gegen einen Verwandten, gegen den die Rechtsverfolgung im Inlande unausführbar oder mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft ist, geht, soweit ein anderer Verwandter den Unterhalt gewährt, kraft Gesetzes auf diesen über; besteht aus einem besonderen Rechtsverhältnis, z. B. ex mandato, ein Rückgriffsrecht, so kann auch dieses geltend gemacht werden [1]). Der Elternteil, der von den Kindern Alimente beansprucht, braucht hiernach nur zu beweisen, daß der in erster Linie verpflichtete Ehegatte im Inlande nicht verklagt werden kann. Daß letzterer seiner Unterhaltspflicht genügt hat oder daß der von ihm angebotene Unterhalt schuldhaft nicht angenommen ist, muß von dem Beklagten einwandsweise geltend gemacht werden (R.G. Gr. 01 S. 1031, J.W. 01 S. 481, R. 01 S. 467).

b) Zusammentreffen mehrerer Berechtigter (Bedürftiger).

Bei Konkurrenz des Unterhaltsanspruchs mehrerer Bedürftiger gehen unter ihnen, wenn der Unterhaltspflichtige außerstande ist, allen Unterhalt zu gewähren,

---

[1]) Vgl. auch § 1580 Abs. 3.

1. die Abkömmlinge den Verwandten der aufsteigenden Linie,

2. unter den Abkömmlingen diejenigen, welche im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sein würden, den übrigen Abkömmlingen,

3. unter den Verwandten der aufsteigenden Linie die näheren den entfernteren

vor.

Der unterhaltsberechtigte Ehegatte steht den minderjährigen unverheirateten Kindern gleich; er geht andern Kindern und den übrigen Verwandten vor (§ 1609).

III. Umfang.

Der Anspruch richtet sich auf standesmäßigen Unterhalt, dessen Maß bestimmt sich also nach der Lebensstellung des Bedürftigen; er umfaßt den gesamten Lebensbedarf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe. Ausnahmsweise können nur den notdürftigen Unterhalt verlangen

a) wer durch sein sittliches Verschulden bedürftig geworden ist,

b) Abkömmlinge, Eltern, der Ehegatte bei einer Verfehlung, welche die Pflichtteilsentziehung rechtfertigt,

c) Großeltern und weitere Voreltern beim Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen Kinder berechtigt sind, ihren Eltern den Pflichtteil zu entziehen (§ 1611). Vgl. auch § 1580 Abs. 3.

In der Regel ist der Unterhalt durch Entrichtung einer für drei Monate im voraus (R.G. J.W. Beil. 03 S. 30) zahlbaren Geldrente zu gewähren (§ 1612)[1]. — Die Nachforderung der Alimente für die Vergangenheit ist grundsätzlich ausgeschlossen (in praeteritum non alitur). Der Berechtigte kann jedoch ausnahmsweise Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung von der Zeit an fordern, zu welcher

entweder der Verpflichtete in Verzug gekommen,

oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist.

Das Verlangen des Berechtigten ist hier auch nicht dadurch bedingt, daß er zu seinem Unterhalt wirklich Aufwendungen gemacht hat (§ 1613). Vgl. noch §§ 1360 Abs. 3, 1580 Abs. 3 (Unterhaltspflicht der Ehegatten).

[1] Eine Bestimmung der Eltern aus § 1612 Abs. 2 kann durch das Vormundschaftsgericht, nicht durch das Prozeßgericht geändert werden (R.G. R. 03 S. 181).

IV. Erlöschungsgründe.

Der Unterhaltsanspruch erlischt

a) mit dem Tode des Berechtigten, unbeschadet der subsidiären Verbindlichkeit des Verpflichteten zur Tragung der Beerdigungskosten,

b) mit dem Tode des Verpflichteten.

Die Unvererblichkeit betrifft aber in beiden Fällen den Anspruch nicht, soweit er auf Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung für die Vergangenheit oder auf die zur Zeit des Todes bereits fälligen, im voraus zu bewirkenden Leistungen gerichtet ist (§ 1615). Vgl. auch §§ 1360 Abs. 3, 1580 Abs. 3 (Unterhaltspflicht der Ehegatten).

Ein Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft ist unzulässig (R.G. 46 S. 67, 50 S. 96), ein derartiger, den Anspruch beschränkender Vergleich deshalb wirkungslos (§ 1614 Abs. 1); vgl. § 1360 Abs. 3 cit. (R.G. J.W. 02 S. 72, Beil. 02 S. 220, R. 02 S. 294, Gr. Beil. 02 S. 944).

Auch im Falle einer Vorausleistung des Verpflichteten tritt bei erneuter Bedürftigkeit des Berechtigten eine Befreiung des ersteren nur in beschränktem Maße ein (§ 1614 Abs. 2). Vgl. auch § 1360 Abs. 3 cit.

Zweiter Abschnitt: Rechtliche Stellung der Kinder.

A. Rechtsverhältnisse der ehelichen Kinder.

§ 90.

Allgemeines (§§ 1616 bis 1625; Art. 19 E.G.).

I. Familienname.

Das Kind erhält den Familiennamen des Vaters (§ 1616). Die Zulässigkeit einer Änderung dieses Namens bestimmt sich nach dem partikulären Verwaltungsrechte.

II. Dienstleistung.

Für das Kind besteht die Verpflichtung, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten; diese Verbindlichkeit setzt ein Doppeltes voraus, daß das Kind

a) dem elterlichen Hausstand angehört,

b) von den Eltern erzogen oder unterhalten wird; unerheblich ist es hierbei, ob eine Unterhaltspflicht der Eltern noch besteht, ob das Kind volljährig oder minderjährig ist.

Solange diese Voraussetzungen vorliegen, hat das Kind für Dienstleistungen der erwähnten Art Vergütung nicht zu beanspruchen.

Darüber hinaus ist im Zweifel Schenkungsabsicht anzunehmen, wenn ein dem elterlichen Hausstand angehörendes volljähriges Kind zur Bestreitung der Kosten des Haushalts aus seinem Vermögen eine Aufwendung macht oder den Eltern zu diesem Zwecke etwas aus seinem Vermögen überläßt (§ 1618).

III. Verwaltung des Vermögens.

Überläßt ein dem elterlichen Hausstand angehörendes volljähriges Kind sein Vermögen ganz oder teilweise der Verwaltung des Vaters bzw. der Mutter, so kann der Vater bzw. die Mutter die während der Verwaltung sich ergebenden Einkünfte nach freiem Ermessen verwenden. Letzteres ist jedoch insoweit ausgeschlossen, als ihre Verwendung zur Bestreitung der Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung und zur Erfüllung solcher Verpflichtungen des Kindes erforderlich ist, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden; das Kind kann nach der einen oder anderen Richtung eine abweichende Bestimmung treffen (§ 1619). Vgl. auch § 1430 (Gütertrennung).

IV. Aussteuer.

Nach dem Vorbilde des gem. Rechts besteht eine ev. im Wege der Klage erzwingbare Rechtspflicht der Eltern gegenüber einer Tochter[1]) auf Gewährung einer angemessenen Aussteuer (R.G. R. 03 S. 181) zur Einrichtung des Haushalts im Falle ihrer Verheiratung; sie besteht jedoch nur soweit, als der Verpflichtete bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verbindlichkeiten ohne Gefährdung seines standesmäßigen, nicht bloß notdürftigen Unterhalts dazu imstande ist und nicht die Tochter selbst ein zur Beschaffung der Aussteuer ausreichendes Vermögen hat. Die Verbindlichkeit der Mutter ist eine nur subsidiäre; sie tritt nur ein, wenn der Vater zur Gewährung der Aussteuer außerstande oder wenn er gestorben ist (§§ 1620, 1604, 1607 Abs. 3). Die

[1]) Auch die angenommene Tochter hat diesen Anspruch (R.G. R. d. O.L. 7 S. 72).

Anführungen, daß sich Klägerin verlobt habe, ihre Verheiratung bevorstehe und der Beklagte, ihr Vater, die Aussteuer grundlos verweigere, rechtfertigt die Klage auf Feststellung der Verpflichtung für Gewährung der Aussteuer an die Klägerin bei deren Verheiratung in dem von ihr bezeichneten angemessenen Betrage (R.G. 49 S. 370, J.W. 01 S. 597).

a) Der Anspruch auf die Aussteuer ist nicht übertragbar; vgl. § 851 C.P.O.

b) Er verjährt in einem Jahre von der Eingehung der Ehe an.

c) Er ist ausgeschlossen, wenn die Tochter für eine frühere Ehe von dem Vater oder der Mutter eine Aussteuer erhalten hat; ergibt sich dies aus dem eigenen Klagevorbringen der Tochter, so wird ihr Verlangen auch mangels Einwands zurückzuweisen sein.

d) Dem Anspruch steht die Einrede entgegen, daß sich die Tochter entweder ohne die erforderliche elterliche Einwilligung verheiratet,

oder einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Verpflichteten zur Entziehung ihres Pflichtteils berechtigt (§§ 1621 bis 1623).

In anderen Fällen wird eine Rechtspflicht der Eltern zur Gewährung einer Ausstattung für die Kinder, d. h. einer Zuwendung mit Rücksicht auf deren Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung, zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung, nicht anerkannt. Im Zweifel ist deshalb anzunehmen, daß, wenn der Vater bzw. die Mutter einem Kinde, dessen Vermögen ihrer elterlichen oder vormundschaftlichen Verwaltung unterliegt, eine solche Ausstattung gibt, dieselbe aus diesem Vermögen herrührt (§ 1625). Gewähren jedoch die Eltern einem Kinde aus ihrem eigenen Vermögen eine Ausstattung, so gilt die Zuwendung[1]) auch bei nicht bestehender Verpflichtung nur insoweit als Schenkung, als sie das den Umständen, insbesondere den elterlichen Vermögensverhältnissen entsprechende Maß übersteigt. Nur auf diesen übersteigenden Betrag finden somit die gesetzlichen Beschränkungen, welchen eine Schenkung unterliegt, Anwendung; die Gewährleistungspflicht des Ausstattenden dagegen bestimmt sich in Ansehung der ganzen Zuwendung nach den §§ 523, 524 (§ 1624).

---

[1]) Die Zuwendung kann auch in der Weise erfolgen, daß die zu Ausstattungszwecken gemachte Schenkung mit einem entgeltlichen Veräußerungsgeschäft verbunden wird (R.G. 54 S. 111, R. 03 S. 361).

§ 91.

Elterliche Gewalt (§§ 1626 bis 1698)[1].

I. Begriff.

Die elterliche Gewalt hat einen vormundschaftlichen Charakter, sie ist als eine Schutzgewalt gestaltet, welche ihrem Inhaber das Recht und die Pflicht der Sorge für die Person und für das Vermögen, einschließlich der Vertretung des Kindes gibt, ihn aber in verschiedenen Beziehungen, z. B. in Ansehung der Vertretungsmacht wesentlich freier und unabhängiger als den Vormund stellt (§§ 1627, 1630, 1643 ff.).

Mit der elterlichen Gewalt ist auch das Recht der Nutznießung am Vermögen des Kindes verbunden (§ 1649) und damit dem Gewalthaber die Befugnis eingeräumt, über die Einkünfte des Kindesvermögens nicht als Vertreter des Kindes, sondern kraft eigenen Rechts und ohne rechtliche Verantwortlichkeit zu verfügen. Vgl. noch § 862 C.P.O.; § 1 K.O.

Die elterliche Gewalt und damit die elterliche Nutznießung steht nicht bloß dem Vater, sondern auch der Mutter zu (§§ 1684 ff.). Indessen tritt, solange beide Eltern leben, während der Ehe das Recht der Mutter hinter dem des Vaters zurück, unbeschadet ihres Anteils an der Sorge für die Person des Kindes (§ 1634).

Die elterliche Gewalt nebst der elterlichen Nutznießung endigt mit der Volljährigkeit des Kindes (§ 1626); besondere Bestimmungen über

[1]) Inhalts des § 1 Art. 69 A.G. tritt, soweit in privatrechtlichen Vorschriften, die neben dem B.G.B. in Kraft bleiben, auf die väterliche Gewalt oder den väterlichen Nießbrauch Bezug genommen ist, an die Stelle der väterlichen Gewalt die elterliche Gewalt, an die Stelle des väterlichen Nießbrauchs die elterliche Nutznießung. Demgemäß steht, sofern in privatrechtlichen Angelegenheiten eines Minderjährigen die Zustimmung des Vaters oder Vormunds oder die Vertretung durch den Vater oder Vormund vorgeschrieben ist, die Zustimmung oder die Vertretung der Mutter zu, wenn sie kraft elterlicher Gewalt die Vertretung des Minderjährigen hat. Soweit in öffentlichrechtlichen Vorschriften der bestehenden Landesgesetze auf die väterliche Gewalt Bezug genommen ist, tritt an die Stelle der väterlichen Gewalt die elterliche Gewalt des Vaters. Steht jedoch die elterliche Gewalt nach dem B.G.B. der Mutter zu oder wird sie von ihr ausgeübt, so liegt der Mutter auch die Vertretung des Minderjährigen in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten insoweit ob, als sie nach dem bisherigen Rechte dem Vater, Vormund oder Pfleger oblag. Ist in einer solchen Angelegenheit die Mitwirkung weiblicher Personen ausgeschlossen, so kann sich die Mutter nach den für die Vertretung solcher Personen geltenden Vorschriften vertreten lassen (§ 4 das.).

die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Hauskinder als solcher kommen deshalb nicht in Frage.

Das Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben, ist in den §§ 640 ff. C.P.O. geregelt.

II. Elterliche Gewalt des Vaters.

Principaliter steht dem Vater die elterliche Gewalt zu, vgl. jedoch §§ 1684 ff.

a) Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person[1]) und das Vermögen des Kindes zu sorgen; diese Sorge umfaßt auch die Vertretung desselben (§§ 1627, 1630). Vgl. auch § 1793 (Vormund).

Das Recht und die Pflicht des Vaters erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten des Kindes, für die ein Pfleger (§§ 1909 ff.) bestellt ist. Steht dem Pfleger nur die Sorge für die Person oder, z. B. nach § 1911, nur die Sorge für das Vermögen des Kindes zu, so entscheidet bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vater und dem Pfleger über die Vornahme einer Handlung, die sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betrifft, z. B. eine Eheschließung, das Vormundschaftsgericht (§§ 1628, 1794, 1629).

Die Vertretungsmacht für das Kind steht dem Vater ausnahmsweise insoweit nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist; das Vormundschaftsgericht kann dem Vater, wie nach § 1796 dem Vormund, die Vertretung auch entziehen (§ 1630). Hiernach kann der Vater (wie die Mutter) nicht zugleich mehrere gewaltuntergebene Kinder beim Abschluß eines Vertrags vertreten, wenn dadurch die Kinder gegen einander Verpflichtungen eingehen wollen; vielmehr muß jedes Kind seinen eigenen Vertreter haben (R.G. R. 01 S. 467, Joh. 22 S. 101 ff.). Ebensowenig kann der Vater sein Kind bei einem Rechtsgeschäft vertreten, das die Aufhebung der zur Sicherung einer Forderung gegen ihn bestellten Hypothek zum Gegenstande hat, auch wenn er nicht zugleich der Hypothekenschuldner ist oder wenn die Aufgabe der Sicherheit die Folge eines Erfüllungsgeschäfts ist (R.G. Joh. 24 S. 17, 21 S. 29, 23 S. 245, R. 02 S. 206).

---

[1]) Zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 gehört die Vorschrift nicht (R.G. 53 S. 314).

1. Sorge für die Person[1]).

Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt

α) das Recht und die Pflicht, das Kind ev. unter Anwendung angemessener Zuchtmittel und Unterstützung des Vormundschaftsgerichts (K.G. R. 01 S. 539 und Joh. 23 S. 40) zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631),

β) das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält (§ 1632)[2]).

Dagegen beschränkt sich bei einer verheirateten Tochter die Sorge für ihre Person auf die Vertretung (§ 1630) in den die Person betreffenden Angelegenheiten (§ 1633).

Neben dem Vater steht während der Dauer der Ehe die Sorge für die Person des Kindes der Mutter zu, welche jedoch zur Vertretung desselben (§ 1630) unbeschadet der Vorschrift des § 1685 nicht berechtigt ist. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern entscheidet der Wille des Vaters (§ 1634).

Eine besondere Regelung hat die Zuständigkeit in Ansehung der Sorge für die Person des Kindes für den Fall der Ehescheidung (vgl. auch § 1586) und der Wiederverheiratung eines Ehegatten nach der Todeserklärung des anderen erfahren (§§ 1635 bis 1637). Verträge, wodurch die Eltern für den Fall der Ehescheidung die Kindererziehung regeln, werden als unwirksam erachtet (K.G. R. 02 S. 294).

αα) Grundsätzlich steht bei Lebzeiten beider Ehegatten die Sorge für die Person des Kindes dem unschuldigen Teile zu; sind aber beide Ehegatten für schuldig erklärt, oder ist die Ehe nach § 1348 Abs. 2 aufgelöst, so erfolgt die Verteilung nach dem Geschlecht, dem Vater werden die über 6 Jahre alten Söhne, der Mutter die übrigen Kinder zugewiesen. Für die Entscheidung von Streitigkeiten über die Anwendung und Auslegung dieser Bestimmungen ist der Prozeßrichter zuständig (R.G. 46 S. 168, Gr. Beil. 02 S. 970).

ββ) Das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes abweichende Anordnungen treffen.

---

[1]) Bei einer vor dem 1. 1. 00 für ungültig erklärten Ehe ist gemäß Art. 207 E.G., wenn beide Ehegatten als eheliche Eltern erachtet werden, die Frage, welchem Elternteile das Erziehungsrecht zukommt, nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen (R.G. 52 S. 245 ff.).

[2]) Ein von den nicht geschiedenen Eltern vor ihrer tatsächlichen Trennung geschlossener Vertrag über die Erziehung der Kinder ist rechtsungültig (R.G. J.W. Beil. 03 S. 82, D.J.Z. 03 S. 370).

$\gamma\gamma$) Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes (§ 1630 cit.) bleibt unberührt, auch wenn der Mutter die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes zusteht [1]).

$\delta\delta$) Auch dem Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht ($\alpha\alpha$, $\beta\beta$), wird die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit letzterem gewährleistet.

2. Sorge für das Vermögen des Kindes, Vermögensverwaltung.

α) Die Verwaltung des Vaters, das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, erstreckt sich auf das gesamte Kindesvermögen [2]).

Ausgenommen ist jedoch und seiner Verwaltung entzogen

$\alpha\alpha$) das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen erwirbt, oder welches ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hat, daß der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll (§ 1638 Abs. 1) [3]),

$\beta\beta$) was das Kind auf Grund eines zu einem solchen Vermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu diesem Vermögen gehörenden Gegenstandes oder durch ein hierauf bezügliches Rechtsgeschäft erwirbt (§ 1638 Abs. 2) [3]).

β) Der vormundschaftliche Charakter der väterlichen [4]) Vermögensverwaltung zeigt sich in verschiedenen Beziehungen:

$\alpha\alpha$) Der Vater hat wie der Vormund nach § 1803 in Ansehung des dem Kinde von Todes wegen zugefallenen oder unter Lebenden unentgeltlich von einem Dritten ihm zugewendeten Vermögens die Anordnungen des Erblassers oder des Dritten zu befolgen (§ 1639); er kann durch diese Anordnungen, z. B. in bezug auf Anlegung von Geldern, freier und selbständiger gestellt; aber auch noch

---

[1]) Hiernach ist die Mutter nicht befugt, in Vertretung des Kindes über dessen Unterhaltsanspruch gegen den Vater mit diesem bindende Abmachungen zu treffen (R.G. J.W. Beil. 03 S. 63, R. 03 S. 361).

[2]) Dem Kinde steht eine bevorrechtigte Konkursforderung zu (§ 61 Nr. 5 K.O.).

[3]) Vgl. § 1651 (freies Kindesvermögen), §§ 1369, 1370, 1440, 1486, 1526 (Vorbehaltsgut), § 1553 (eingebrachtes Gut der Fahrnisgemeinschaft).

[4]) Vgl. § 1686 (Mutter).

mehr gebunden werden. Doch soll die Befreiung von der vormundschaftsgerichtlichen Aufsicht auch in solchen Fällen unzulässig sein (K.G. Joh. 24 S. 9).

ββ) Der Vater hat entsprechend dem § 1802 das seiner Verwaltung unterliegende, bei dem Tode der Mutter vorhandene oder dem Kinde später zufallende Kindesvermögen zu verzeichnen und das mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehende Verzeichnis dem Vormundschaftsgericht einzureichen (§ 1640 Abs. 1). Weder eine besondere Form noch eine Taxe ist vorgeschrieben. Die Leistung des Offenbarungseides kann nicht gefordert werden, da die Inventarisationspflicht lediglich eine publizistische ist, nicht dem Kinde gegenüber als privatrechtliche besteht. Das lebenslängliche Nießbrauchsrecht schließt die Pflicht zur Einreichung des Vermögensverzeichnisses nicht aus (K.G. R. 01 S. 563). Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so kann das Vormundschaftsgericht nur die Aufnahme durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar anordnen. Die Anordnung ist hier für das infolge des Todes der Mutter dem Kinde zufallende Vermögen unzulässig, wenn die Mutter sie durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen hat (§ 1640 Abs. 2 cit.)[1].

γγ) Der Vater kann ebensowenig wie der Vormund (§ 1804) in Vertretung des Kindes Schenkungen machen mit Ausnahme solcher, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (§ 1641).

δδ) Der Vater hat wie der Vormund nach § 1806 das seiner Verwaltung unterliegende Geld des Kindes, d. h. die vorhandenen Barmittel, wozu ausstehende Forderungen nicht gehören, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften der §§ 1807, 1808 verzinslich anzulegen[2], soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist; das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen eine andere Anlegung gestatten (§§ 1642, 1811). Dagegen darf der Vater, aber nicht der Vormund, verbrauchbare Sachen des nicht freien Kindesvermögens, mit Genehmigung des Vor-

---

[1]) Vgl. §§ 1667, 1692.

[2]) Diese Pflicht trifft in Ansehung des gesamten Barvermögens auch den überlebenden märkischen Ehegatten bis zur Auseinandersetzung mit seinen minderjährigen Kindern, wenn er sich für die Einwerfung seines eigenen Vermögens entschieden hat (K.G. Joh. 23 S. 180).

mundschaftsgerichts auch Geld, in Gemäßheit des § 1653 mit der Verpflichtung zum Wertsersatz für sich veräußern oder verbrauchen. Zu einem Umtausch vorhandener Kapitalsanlagen, die dem Kinde, z. B. von der Mutter oder einem Dritten, zugewendet sind, ist er grundsätzlich nicht verpflichtet.

εε) Der Vater bedarf wie der Vormund zu gewissen Rechtsgeschäften für das Kind, z. B. zur Verfügung über ein Grundstück[1]) oder über Rechte an einem Grundstück, wohin aber Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden nicht gehören, zur Verfügung über eine Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder auf Begründung oder Übertragung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet ist, zur Eingehung der Verpflichtung zu einer dieser Verfügungen, zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes, zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, deshalb auch zur Übernahme einer Hypothek, zu einem auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Vertrage usw., der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; der Kreis dieser Rechtsgeschäfte ist hier allerdings bei weitem enger gezogen (§ 1643) als bei der Vormundschaft.

Insbesondere kann der Vater, aber nicht der Vormund, ohne gerichtlichen Konsens die in dem § 1822 Nr. 4 (Pachtvertrag), Nr. 6, 7 (Lehr- und Dienstvertrag), Nr. 12 u. 13 (Vergleich, Schiedsvertrag, rechtsgeschäftliche Aufhebung oder Minderung einer Sicherheit) und in dem § 1821 Nr. 4 (Vertrag über den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück), sowie in den §§ 1819, 1820 verzeichneten Rechtsakte ebenso wie diejenigen, für welche der Vormund nur der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf (§§ 1809 ff.), z. B. die in den §§ 1806 bis 1808, 1642 vorgeschriebene Anlegung von Geld, selbständig vornehmen. Der Vater ist deshalb befugt, für das unter seiner elterlichen Gewalt stehende Kind die Auflassung eines im Namen des Kindes gekauften Grundstücks ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts entgegenzunehmen (K.G. Joh. S. 104, R. 02 S. 320, S. 509). Zu den in § 1822 Nr. 8 bis 10

[1]) Eine Vereinbarung über die Art der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft, auch wenn sie deren Grundstücke berührt, bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ebensowenig wie ein Vertrag, welcher schiedsrichterliche Entscheidung der in bezug auf die Liquidation etwa entstehenden Streitigkeiten vorsieht (R.G. 54 S. 281, J.W. Beil. 03 S. 84, R. 03 S. 312).

aufgeführten Geschäften kann dem Vater wie dem Vormund eine allgemeine Ermächtigung erteilt werden.

α_2) Die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung kann nur dem Vater, nicht dem Kinde oder dem anderen Teile gegenüber erfolgen (§ 1643 Abs. 3), vgl. auch § 1828.

β_2) Der Mangel der erforderlichen Genehmigung hat wie inhalts der §§ 1829 bis 1831 zur Folge (§ 1643 Abs. 3 cit.), daß die Wirksamkeit des Vertrags bis zu der nachträglichen Genehmigung suspendiert ist, ein einseitiges Rechtsgeschäft dagegen schlechthin unwirksam ist[1]).

$\zeta\zeta$) Ebensowenig wie der Vormund (§ 1829) kann der Vater Gegenstände, zu deren Veräußerung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, z. B. ein Grundstück oder ein Erwerbsgeschäft, dem Kinde ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von diesem geschlossenen Vertrages oder zur freien Verfügung überlassen (§ 1644)[2]).

$\eta\eta$) Zu dem Beginn eines neuen, nicht zur Fortführung eines bestehenden, dem Kinde schon bei Beginn der väterlichen Gewalt gehörenden oder ihm später, z. B. durch Erbfolge, zugewendeten Erwerbsgeschäfts soll der Vater wie der Vormund (§ 1823) die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einholen; diese Genehmigung wird für die Änderung in dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts nur dann erforderlich sein, wenn die Änderung sich als eine Neubegründung darstellt (§ 1645). Darüber hinaus soll der Vormund, aber nicht der Vater, auch zur Auflösung eines bestehenden Erwerbsgeschäfts — abgesehen von dem auf die Veräußerung eines solchen Geschäfts gerichteten Vertrage (§§ 1822 Nr. 3, 1643 Abs. 1 — die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einfordern (§ 1823 cit.).

Der Mangel der Genehmigung ist hier wie dort auf die Wirksamkeit der in dem Betriebe des nicht konsentierten Erwerbsgeschäfts von dem Gewalthaber vorgenommenen Rechtsgeschäfte ohne Einfluß, macht diesen jedoch dem Kinde bzw. Mündel gegenüber verantwortlich (§ 1667 ff., 1833, 1844).

γ) Erwirbt der Vater mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen, insbesondere auch Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehene Ordrepapiere oder ein Recht an Sachen dieser Art, z. B. Nießbrauch, Pfandrecht oder ein anderes Recht, zu dessen

[1]) Vgl. §§ 108 ff.

[2]) Vgl. § 110.

Übertragung der Abtretungsvertrag (§§ 398 ff.) genügt, z. B. eine Kaufgeldforderung, so geht wie im Falle des § 1381 (eheliche Verwaltungsgemeinschaft) mit dem Erwerbe das Eigentum auf das Kind über, es sei denn, daß der Vater nicht für Rechnung des Kindes erwerben will (§ 1646).

δ) Macht der Vater bei der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann er entsprechend dem § 1390 (eheliche Verwaltungsgemeinschaft) von dem Kinde Ersatz verlangen, sofern nicht die Aufwendungen, z. B. nach § 1654, ihm selbst zur Last fallen (§ 1648). Vgl. noch § 1835.

ε) Die Vermögensverwaltung des Vaters endigt[1]) mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird (§ 1647). Nach der Konkursaufhebung kann das Vormundschaftsgericht die Verwaltung dem Vater wieder übertragen. Hört aus irgend welchem Grunde die Vermögensverwaltung des Vaters auf, so hat er dem Kinde das Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen (§ 1681).

b) Kraft der elterlichen Gewalt steht dem Vater auch die Nutznießung an dem Kindesvermögen zu; dieselbe ist entsprechend der ehemännlichen Nutznießung bei dem Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft gestaltet.

1. Sie erstreckt sich grundsätzlich auf das gesamte Kindesvermögen, ausgenommen sein freies Vermögen. Letzteres besteht

α) aus den ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen, insbesondere Kleidern, Schmucksachen, Arbeitsgeräten (§ 1650)[2]),

β) aus dem, was das Kind

entweder durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt,

oder aber von Todes wegen erwirbt bzw. was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, sofern nur der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung den Ausschluß der Nutznießung ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hat,

---

[1]) Wegen Entziehung der Vermögensverwaltung vgl. §§ 1666 Abs. 2, 1670.

[2]) Vgl. § 1366 (Vorbehaltsgut).

γ) aus den Surrogaten der zum freien Vermögen gehörenden Gegenstände gemäß § 1638 Abs. 2 (§ 1651)[1]).

2. Der Vater erwirbt die Nutzungen des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens in derselben Weise und in demselben Umfange wie ein Nießbraucher (§ 1652)[2]). Gehört jedoch zu dem nicht freien Vermögen ein von ihm im Namen des Kindes, nicht im eigenen Namen, betriebenes Erwerbsgeschäft, so gebührt ihm nur der aus dem Betriebe sich ergebende jährliche Reingewinn; ergibt sich in einem Jahr ein Verlust, so verbleibt der Gewinn späterer Jahre bis zur Ausgleichung des Verlustes dem Kinde (§ 1655); vgl. noch § 1658 Abs. 2.

Dagegen darf der Vater, wie der Ehemann bei dem Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft nach § 1377 Abs. 3, vorbehaltlich späteren Wertsersatzes[3]) verbrauchbare Sachen, im Gegensatz zum Ehemann (§ 1377 Abs. 2 cit.) auch bares Geld, für sich veräußern oder verbrauchen; solche Geldverwendung steht ihm allerdings nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zu (§ 1653). Verwendet der Vormund Geld des Mündels für sich, so hat er es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen (§ 1834).

Die Lasten des nicht freien Kindesvermögens hat der Vater zu tragen, seine Haftung dem Kinde gegenüber bestimmt sich nach den §§ 1384 bis 1386, 1654; den Gläubigern gegenüber haftet er insoweit neben dem Kinde als Gesamtschuldner (§ 1388, § 1654 cit.).

3. Der Vater ist zur Ausübung der Nutznießung nicht befugt, wenn ihm die Verwaltung des nicht freien Kindesvermögens, z. B. wegen Konkurseröffnung (§ 1647) oder Entziehung durch das Vormundschaftsgericht (§ 1670) oder Ruhens der elterlichen Gewalt (§ 1678) nicht zusteht. Dieser Ausschluß der Ausübungsbefugnis bewirkt, daß der Vater

α) nur die Herausgabe (vgl. jedoch § 1656 Abs. 2) der Nutzungen verlangen kann, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist (§ 1656 Abs. 1 cit.; § 862 C.P.O.)[4]),

---

[1]) Vgl. §§ 1367, 1369, 1370 (Vorbehaltsgut).

[2]) Vgl. § 1383 (eingebrachtes Gut). Die Pfändbarkeit bestimmt sich nach § 862 C.P.O.; dazu § 1 K.O.

[3]) Den Gläubigern des Kindes gegenüber ist er zum sofortigen Ersatze verpflichtet (§ 1659 Abs. 2).

[4]) Vgl. noch § 1658 Abs. 2.

β) eine ihm dem Kinde gegenüber obliegende Verbindlichkeit, die infolge der Nutznießung erst nach deren Beendigung zu erfüllen sein würde, z. B. nach § 1653 (Werterſatz für verbrauchtes Geld), außer beim Ruhen der elterlichen Gewalt sofort zu erfüllen hat (§ 1657).

4. Das dem Vater kraft seiner Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zustehende Recht ist, entsprechend dem § 1408 (Verwaltungsgemeinschaft)[1]), nicht übertragbar (§ 1658)[2]).

5. Die Gläubiger des Kindes können ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung Befriedigung aus dem Kindesvermögen verlangen (§ 1659)[3]); zur Zwangsvollstreckung in dasselbe ist ein gegen das Kind ergangenes Urteil genügend (§ 746 C.P.O.).

6. Im Verhältnisse des Vaters und des Kindes zu einander finden in Ansehung der Verbindlichkeiten des Kindes die Vorschriften des § 1415, §§ 1416 Abs. 1, 1417 (Verwaltungsgemeinschaft) entsprechende Anwendung; hiernach bestimmt sich also nach innen, welche Schulden dem freien Kindesvermögen zur Last fallen, und die gegenseitige Ausgleichungspflicht (§ 1660).

7. Die Nutznießung endigt (vgl. noch § 1666 Abs. 2)

α) durch Verheiratung des Kindes; sie verbleibt jedoch dem Vater, wenn der Eheschluß ohne die erforderliche elterliche Einwilligung erfolgt (§ 1661). Abgesehen hiervon werden die Rechte des Mannes einer verheirateten Tochter durch die elterliche Gewalt nicht berührt,

β) durch Verzicht gegenüber dem Vormundschaftsgericht in öffentlich beglaubigter Form (§ 1662).

αα) Besteht bei der Beendigung der Nutznießung noch das Miet- oder Pachtverhältnis bezüglich eines zu dem Kindesvermögen gehörenden Grundstückes, welches der Vater kraft seiner Nutznießung vermietet oder verpachtet hat, so finden die Vorschriften des § 1056 (Nießbrauch) wie in den Fällen der §§ 1423, 2135 entsprechende Anwendung (§ 1663 Abs. 1).

ββ) Die Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstücks bestimmt sich wie bei dem Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft und der Einsetzung eines Nacherben (§§ 1421, 2130) nach § 592, die

---

[1]) Vgl. § 861 C.P.O.; § 1 K.O.

[2]) Vgl. § 862 C.P.O.; § 1 K.O.

[3]) Wegen der Verwaltungsgemeinschaft vgl. § 1411; §§ 739 ff. C.P.O.

eines Landguts nach den §§ 592, 593 (Pacht) (§ 1663 Abs. 2). Vgl. noch § 1055 Abs. 2 (Nießbrauch).

c) Bei der Ausübung der elterlichen Gewalt hat der Vater dem Kinde gegenüber (vgl. auch § 1359) nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 1664).

d) Die Ausübung der elterlichen Gewalt unterliegt ihrem vormundschaftlichen Charakter gemäß auch der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Allein die richterliche Fürsorge für das Kind tritt hier nicht wie inhalts der §§ 1837 ff. als Regel, sondern nur ausnahmsweise aus Anlaß besonderer Umstände ein. Dem Gemeindewaisenrat liegt die Anzeige an das Vormundschaftsgericht ob, wenn ein Fall zu seiner Kenntnis gelangt, in welchem dasselbe zum Einschreiten berufen ist (§ 1675). Der Vormundschaftsrichter, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegenden Aufsichtspflichten verletzt, ist dem Kinde nach § 839 Abs. 1, 3 verantwortlich (§ 1674). Er hat namentlich die im Interesse des Kindes und zur Abwendung einer Gefährdung desselben erforderlichen Maßregeln zu treffen (vgl. auch § 1671),

1. wenn der Vater tatsächlich oder rechtlich, z. B. nach den §§ 1676 ff. an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, sofern nicht deren Ausübung nach § 1685 der Mutter obliegt (§ 1665); das Kind wird hier beispielsweise zu seinem Schutze einen Pfleger erhalten müssen (§ 1909),

2. wenn das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater entweder das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht (R.G. J.W. Beil. 03 S. 82, R. 03 S. 402), das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht[1]); ein diesbezügliches Verschulden des Vaters bildet mithin die Voraussetzung für richterliches Einschreiten (K.G. R. 01 S. 436, 02 S. 324). Das Gericht wird alsdann z. B. die Unterbringung des Kindes in einer geeigneten Familie oder Anstalt anordnen[2]) (K.G. R. 02 S. 509), dem Vater aber auch nach seinem freien Ermessen die Sorge für die Person des Kindes und dessen Vertretung gänzlich abnehmen, die Vermögens-

[1]) Unterläßt der Vater, das Kind vor Mißhandlungen durch die Stiefmutter zu schützen, so kann darin eine das leibliche Wohl gefährdende Vernachlässigung gefunden werden (K.G. R.d.O.L. 6 S. 289, R. 03 S. 265).

[2]) Über das Verhältnis zwischen Armenpflege und Fürsorgeerziehung vgl. K.G. Joh. 24 S. 155.

verwaltung sowie die Nutznießung jedoch nur dann ihm entziehen können, wenn er das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. In dringenden Fällen wird das Gericht durch eine vorläufige Anordnung die Sorge für die Person des Kindes einstweilen sicher stellen können, ohne vorher einen Pfleger einzusetzen und zu hören; der Bestellung und Anhörung bedarf es jedoch vor der endgültigen Entscheidung (K.G. Joh. 21 S. 192) (§ 1666); vgl. noch § 1673 (K.G. R. 01 S. 467),

3. wenn das Vermögen des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater

entweder die mit der Vermögensverwaltung oder die mit der Nutznießung verbundenen Pflichten verletzt (K.G. R. 02 S. 294),

oder aus welcher Ursache immer in Vermögensverfall gerät. — Das Vormundschaftsgericht kann hier insbesondere anordnen, daß der Vater ein Vermögensverzeichnis einreicht und über seine Verwaltung Rechnung legt, dem Vater auch unter entsprechender Anwendung der §§ 1819, 1820 die gleichen Verpflichtungen auferlegen, welche nach den §§ 1814 bis 1816, 1818 (Hinterlegung [1]), Umschreibung auf den Namen des Kindes) einem Vormund obliegen, erforderlichenfalls auch Sicherheitsleistung für das seiner Verwaltung unterliegende Kindesvermögen von ihm verlangen, wenn er aber diesen Anordnungen nicht nachkommt, ihm sogar die Vermögensverwaltung überhaupt entziehen (§§ 1667, 1668, 1670 ff.),

4. wenn der Vater eine neue Ehe eingeht. Diese seine Absicht hat er dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen, auf seine Kosten ein Verzeichnis des nicht freien Kindesvermögens einzureichen und endlich, soweit in Ansehung dieses Vermögens eine Gemeinschaft zwischen ihm und dem Kinde besteht, die Auseinandersetzung herbeizuführen. Das Gericht kann gestatten, daß letztere erst nach der Eheschließung erfolgt, und ist befugt, wenn der Vater den gedachten Verpflichtungen nicht nachkommt, ihm die Vermögensverwaltung zu entziehen (§§ 1669, 1670, 1671, 1673),

5. wenn bei dem Tode der Mutter der Verwaltung des Vaters unterliegendes Vermögen des Kindes vorhanden ist oder diesem später zufällt (§§ 1640, 1670), und der Vater die ihm alsdann obliegenden Verpflichtungen (Verzeichniseinreichung) nicht erfüllt.

[1]) Vgl. noch Art. 85 A.G.

e) Die elterliche Gewalt des Vaters ruht

1. wenn er geschäftsunfähig ist (§ 1676 Abs. 1),

2. wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§§ 106, 114) oder nach § 1910 Abs. 1 einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat; in diesen Fällen steht aber dem Vater die Sorge für die Person des Kindes mit Ausschluß der Vertretung desselben (§ 1630) neben dessen gesetzlichem Vertreter, z. B. der Mutter (§§ 1684 ff.), dem Beistand (§ 1693) oder einem Vormund (§§ 1773, 1793), zu (§ 1676 Abs. 2),

3. wenn von dem Vormundschaftsgericht festgestellt wird, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist, z. B. durch längere Krankheit. Diese Feststellung setzt nicht voraus, daß der Vater seine eigenen Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs dauert ein solches Ruhen der väterlichen Gewalt, bis vormundschaftsgerichtlich anderweit festgestellt wird, daß der Grund nicht mehr besteht.

Während des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters ist derselbe zu ihrer Ausübung nicht berechtigt (vgl. aber noch § 1682 Abs. 2); er hat dem Kinde das Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen (§ 1681); es verbleibt ihm jedoch die Nutznießung an dem Kindesvermögen mit der aus den §§ 1656, 1658 Abs. 2 ersichtlichen Wirkung (§ 1678). Diese Nutznießung erlangt in dem Ausnahmefalle des § 1685 Abs. 2 die Mutter zugleich mit der Ausübung der elterlichen Gewalt. Vgl. noch § 51 R.G. F.G.

f) Die Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters tritt außer mit der Volljährigkeit des Kindes (§ 1626) ein

1. mit dem Tode oder der Todeserklärung des Vaters, und zwar in dem letzteren Falle mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt (§§ 18, 1679; Art. 160 E.G.),

2. mit der Verwirkung der elterlichen Gewalt, welche dadurch bedingt ist, daß der Vater wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens, also auch vorsätzlicher Körperverletzung, zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird; die Verwirkung, die sich lediglich auf das verletzte Kind bezieht, datiert von der Rechtskraft des Urteils (§ 1680),

3. mit dem Tode des Kindes (§ 1683).

Vgl. noch §§ 1681, 1682 (Vermögensherausgabepflicht und einstweilige Fortführung der Geschäfte).

III. Elterliche Gewalt der Mutter (§§ 1684 bis 1698)[1]).

a) Die elterliche Schutzpflicht, wie sie an erster Stelle dem Vater gebührt, ist bei dessen Wegfall der Mutter gewährt. Ihr steht sie deshalb zu (§ 1684):

1. wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist (§ 18),

2. wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat (§ 1680) und die Ehe aufgelöst ist. Dauert letztere in solchem Falle fort, so erhält das Kind einen Vormund (§ 1773); das gleiche gilt, wenn dem Vater nicht bloß die Sorge für die Person des Kindes, sondern auch gemäß § 1666 Abs. 2 die Vermögensverwaltung, sowie die Nutznießung entzogen wird.

Die Mutter ist aber auch während des Bestehens der elterlichen Gewalt des Vaters nicht bloß auf die ihr in den §§ 1634 ff., 1698 eingeräumten Rechte in Ansehung der Person des Kindes beschränkt, vielmehr gebührt ihr unter Umständen die Ausübung der elterlichen Gewalt in einem weiteren Umfange.

α) Während der Dauer der Ehe fällt ihr die Ausübung der elterlichen Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung zu:

αα) wenn der Vater an der Ausübung verhindert ist, z. B. infolge Erkrankung,

ββ) wenn seine elterliche Gewalt ruht (§§ 1676, 1677).

β) Nach Auflösung der Ehe ist die Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt grundsätzlich nicht berechtigt; das Vormundschaftsgericht kann ihr jedoch auf ihren Antrag ausnahmsweise diese Ausübung alsdann übertragen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht (§§ 1676, 1677 cit.) und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde; in diesem besonderen Falle erlangt die

---

[1]) Hat die Mutter eines Minderjährigen dessen Vermögen bis zum Inkrafttreten des B.G.B. als Vormünderin, von dieser Zeit an kraft elterlicher Gewalt zu verwalten, so findet die Legung einer Schlußrechnung nach § 67 Pr.Vorm.Ordn. v. 5. 7. 75 nicht statt. Die Mutter hat erst nach dem Aufhören ihrer Vermögensverwaltung auch für die Zeit der vormundschaftlichen Verwaltung dem Kinde Rechenschaft abzulegen (§ 3 Art. 69 A.G.).

Mutter auch die Nutznießung (vgl. dagegen α) an dem Kindesvermögen (§ 1685 Abs. 2).

b) Auf die elterliche Gewalt der Mutter finden die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung; erstere ist grundsätzlich in gleicher Weise wie letztere gestaltet, sie gewährt dieselben Rechte und Pflichten, insbesondere auch Vermögensverwaltung und Nutznießung [1]), unterliegt der nämlichen Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, ruht und endet aus den nämlichen Gründen. Deshalb wird die Mutter auch das väterliche Erbteil des Kindes nach den letztwilligen Anordnungen des Vaters zu verwalten (§ 1639) und ein mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehenes Vermögensverzeichnis dem Vormundschaftsgericht einzureichen haben (§ 1640). Der Besonderheiten gibt es nur wenige, sie sollen hier hervorgehoben werden.

1. Beistandschaft.

α) Die Mutter erhält für alle Angelegenheiten des Kindes oder nur für gewisse Arten von Angelegenheiten oder für einzelne Angelegenheiten einen Beistand,

entweder wenn der Vater die Bestellung nach Maßgabe des § 1777 (Benennung des Vormundes) angeordnet hat; die Bestellung auszuschließen wie die des Gegenvormundes nach § 1852, ist der Vater nicht befugt;

oder wenn die Mutter die Bestellung beantragt;

oder endlich wenn das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen (K.G. Joh. 20 S. 139 u. 248, R. d. O.L. 7 S. 77), insbesondere wegen des Umfangs oder der Schwierigkeit der Vermögensverwaltung, aber auch in den Fällen der §§ 1666, 1667, also bei Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes oder seines Vermögens durch die Mutter, die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet (§ 1687).

β) Über den Umfang des Wirkungskreises des Beistandes entscheidet seine Bestellung; fehlt eine bezügliche Bestimmung, so fallen alle Angelegenheiten in seinen Wirkungskreis. Bei der Bestellung sind die von dem Vater gemäß § 1777 cit. getroffenen Anordnungen zu befolgen (§ 1689).

γ) Der Beistand hat regelmäßig nicht die Stellung eines

[1]) Vgl. jedoch Art. 69 § 2 A.G.

gesetzlichen Vertreters. Die elterliche Gewalt und damit die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes, sowie seine Vertretung (§ 1630) steht lediglich der Mutter zu. Dem Beistand liegt es nur ob, innerhalb seines Wirkungskreises die Mutter bei der Ausübung der elterlichen Gewalt, wie die Mitglieder des Gläubigerausschusses den Konkursverwalter bei seiner Geschäftsführung (§ 88 K.O.), zu unterstützen und zu überwachen. Außerdem hat der Beistand dem Vormundschaftsgericht jeden Fall, in welchem es zum Einschreiten berufen ist, unverzüglich (§ 121) anzuzeigen (§ 1689). Aber auch die Genehmigung des Beistandes ist innerhalb seines Wirkungskreises zu jedem Rechtsgeschäfte erforderlich, zu dem ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes bedarf. Diese Genehmigung des Beistandes ist nicht erforderlich für Rechtsgeschäfte, zu welchen die Mutter selbst nach den Vorschriften über die elterliche Gewalt des vormundschaftsgerichtlichen Konsenses bedarf, z. B. nach den §§ 1643 ff., 1686.

αα) Die Genehmigung des Beistandes wird durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ersetzt (§ 1690 Abs. 2, 3).

ββ) Der Konsens muß der Mutter gegenüber erfolgen.

γγ) Der Mangel der erforderlichen Genehmigung hat die in den analog anwendbaren §§ 1829 bis 1831 (S. 844 ff.) bestimmten Wirkungen (§ 1690).

Soweit die Anlegung des zu dem Kindesvermögen gehörenden Geldes in den Wirkungskreis des Beistandes fällt, hat derselbe unter entsprechender Anwendung der §§ 1809, 1810 mitzuwirken. Bei der Aufnahme eines von der Mutter einzureichenden Vermögensverzeichnisses ist er zuzuziehen (§§ 1691, 1692).

Ausnahmsweise hat der Beistand die Rechte und Pflichten eines Pflegers (vgl. auch §§ 1628, 1629) und damit die Vertretung des Kindes, soweit ihm von dem Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung übertragen wird; die Übertragung setzt einen Antrag[1]) der Mutter voraus (§ 1693).

δ) Für die Berufung, Bestellung und Beaufsichtigung des Beistandes, für seine Haftung und seine Ansprüche, für die ihm zu bewilligende Vergütung und für die Beendigung seines Amtes gelten die gleichen Vorschriften wie bei dem Gegenvormunde. Das Amt des

---

[1]) Vgl. jedoch § 2 Art. 69 A.G.

Beistandes endigt aber auch dann, wenn die elterliche Gewalt der Mutter ruht (§ 1694).

ε) Das Vormundschaftsgericht kann die Bestellung des Beistandes, sofern sie nicht auf väterliche Anordnung geschah, im Falle des § 1693 cit. auch die Übertragung der Vermögensverwaltung auf den Beistand, aufheben; die Aufhebung soll in der Regel nur mit Zustimmung der Mutter erfolgen (§ 1695).

2. Ruhen der elterlichen Gewalt der Mutter.

α) Ist die Minderjährigkeit der Mutter der Grund des Ruhens ihrer Schutzgewalt, so steht ihr abweichend von § 1678 die Sorge für die Person des Kindes trotzdem zu; zur Vertretung des Kindes ist sie aber nicht berechtigt.

β) Der Vormund, den das Kind in dem Falle α mangels Vertretungsberechtigung der Eltern erhält (§ 1773), hat, soweit der Mutter die Sorge für die Person des Kindes zusteht (§ 1696), neben ihr die rechtliche Stellung eines Beistandes (1).

3. Verlust der elterlichen Gewalt.

Die Mutter, aber nicht der Vater, verliert auch bei Eingehung einer neuen Ehe die elterliche Gewalt, sie behält jedoch auch hier wie in dem Falle zu 2 die Sorge für die Person des Kindes mit Ausschluß der Vertretungsmacht, während der Vormund, soweit ihr diese Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes hat (§ 1697). Der wiederverheirateten Witwe steht aber die elterliche Gewalt über die mit ihrem verstorbenen Ehemanne erzeugten Kinder alsdann zu, wenn die neue Ehe wieder rechtskräftig geschieden worden ist.

B. Rechtsverhältnisse anderer als ehelicher Kinder.

§ 92.

Die Kinder aus nichtigen Ehen (§§ 1699 bis 1704).

I. Nichtigkeit der Ehe.

a) Trotz Nichtigkeit der Ehe gilt ein Kind aus solcher Ehe, das im Falle ihrer Gültigkeit ehelich sein würde, kraft gesetzlicher Fiktion als ehelich. Es ist aber unehelich, wenn (§ 1699)

entweder beide Ehegatten die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit (§§ 1343 Abs. 1, 142 Abs. 2) der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben [1]), oder die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist (§§ 1324, 1329); die bona fides der Eltern ist hier unerheblich.

b) Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem fingiert ehelichen Kinde (a) bestimmt sich nach den Vorschriften, die für ein Kind aus einer geschiedenen Ehe gelten, wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind, z. B. nach den §§ 1635 ff., jedoch sind nachstehende Abweichungen zu berücksichtigen. (Vgl. noch § 1899 Abs. 3.)

1. War dem Vater die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit (§§ 2343 Abs. 1, 142 Abs. 2) der Ehe bei der Eheschließung bekannt [1]), so hat er nicht die aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte, z. B. auf Unterhalt (§§ 1601 ff.); die elterliche Gewalt (§§ 1626 ff.) steht alsdann der Mutter zu (§ 1701).

2. War umgekehrt der Mutter die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt [1]), so hat sie in Ansehung des Kindes nur diejenigen Rechte, welche im Falle der Scheidung der allein für schuldig erklärten Frau zustehen. Sie hat aber dann das Recht und die Pflicht der Sorge für das Kind allerdings mit Ausschluß seiner Vertretung, wenn

entweder der Vater stirbt oder seine elterliche Gewalt aus einem anderen Grunde endigt

oder seine elterliche Gewalt wegen seiner Geschäftsunfähigkeit (§ 1676 Abs. 1) oder nach § 1677 ruht (§ 1702).

Soweit der Mutter die Sorge für die Person des Kindes zusteht, hat dessen Vormund die rechtliche Stellung eines Beistandes.

c) Gilt ein Kind zufolge der mala fides beider Ehegatten bei Eheschluß (a) nicht als ehelich, so kann es gleichwohl von dem Vater, solange er lebt, Unterhalt wie ein eheliches Kind (§§ 1601 ff.) verlangen; die Befugnis aus § 1612 Abs. 2 gebührt dem Vater nicht (§ 1703).

II. Anfechtbarkeit der Ehe.

Wie schon mehrfach betont wurde, ist eine anfechtbare Ehe, sofern die Anfechtung erfolgt, als von Anfang an nichtig anzusehen (§§ 1343, 142).

[1]) Ist die Ehe wegen Drohung anfechtbar und angefochten, so steht der anfechtungsberechtigte Ehegatte einem Ehegatten gleich, dem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt war (§ 1704).

Die rechtliche Stellung der Kinder aus einer solchen angefochtenen Ehe bestimmt sich deshalb nach obigen Grundsätzen (I a bis c); hierbei wird der wegen widerrechtlicher Drohung anfechtungsberechtigte Ehegatte, obwohl ihm die Anfechtbarkeit naturgemäß bekannt sein muß, einem Ehegatten gleich behandelt, dem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt war (§ 1704).

§ 93.

Die unehelichen Kinder (§§ 1705 bis 1718)[1].

I. Rechtliche Stellung zu der Mutter und deren Familie.

a) Das uneheliche Kind hat im Anschluß an das gem. Recht (Präj. 952) im Verhältnisse zu der Mutter und zu ihren Verwandten (§ 1589) die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes. Auf Grund dieser seiner Zugehörigkeit zu der mütterlichen Familie erhält es auch den Familiennamen der Mutter; führt die Mutter infolge ihrer Verheiratung einen anderen Namen, so erhält das Kind den Familiennamen, den die Mutter vor der Verheiratung geführt hat (§§ 1705, 1706); der Ehemann der unehelichen Mutter kann aber dem Kinde, auch wenn es vor der Verheiratung geboren wurde, mit Einwilligung der Beteiligten seinen Namen beilegen[2]).

b) Trotz des Grundsatzes zu a steht aber der Mutter die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind nicht zu. Sie hat nur das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, unter Ausschluß seiner Vertretung (§ 1630); soweit ihr diese Sorge zusteht, hat der Vormund wie inhalts der §§ 1696, 1702 Abs. 2 die rechtliche Stellung eines Beistandes (§§ 1687 ff., 1707).

II. Rechtliche Stellung zu dem Vater.

a) Reprobiert ist der Grundsatz: la recherche de la paternité est interdite.

Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708 bis 1716 (Unterhaltsanspruch, Entbindungs- und Sechswochenkosten) gilt vielmehr, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit, also in der Zeit von dem 181. (inkl.) bis zu dem 302. (inkl.) Tage vor dem Geburtstage (Ob.Trib. 30 S. 140) des Kindes (§ 1717 Abs. 2; vgl.

---

[1]) Vgl. Art. 20, 21 E.G.; § 3 K.O.

[2]) Vgl. noch § 2 Art. 68 A.G. (K.G. Joh. 20 S. 148).

auch § 1592 Abs. 1) beigewohnt hat. Diese durch die Beschaffenheit der Frucht allein nicht widerlegbare (St.A. 37 S. 70) Annahme fällt fort, wenn auch ein anderer mit der Mutter innerhalb der Empfängniszeit konkumbierte (exc. plurium). Eine Beiwohnung bleibt jedoch außer Betracht — hierauf kann sowohl der angebliche Schwängerer seine Verteidigung, als auch der andere Teil seine Replik gegen die exc. plurium stützen —, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfing, z. B. wenn sie zur Zeit derselben bereits schwanger oder der Konkumbent völlig zeugungsunfähig war (§ 1717 Abs. 1). Auf die exc. plurium kann sich überhaupt nicht berufen, wer seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes (St.A. 56 S. 106) in einer öffentlichen, nicht bloß öffentlich beglaubigten Urkunde anerkennt (§ 1718)[1]; dieses Anerkenntnis setzt Geschäftsfähigkeit voraus (St.A. 62 S. 256).

b) Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt (§ 1589 Abs. 2), so daß dem unehelichen Kinde das gesetzliche Erbrecht am Nachlaß des Vaters, abweichend von Ob.Trib. 65 S. 168, St.A. 80 S. 261 nicht zusteht. Dem Vater liegt aber vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten des Kindes die Unterhaltspflicht diesem gegenüber ob. Diese Verpflichtung (obligatio ex lege) hängt abweichend von den §§ 1602 ff. weder von der Bedürftigkeit des Kindes noch von der Leistungsfähigkeit des Vaters ab, vgl. jedoch § 1708 Abs. 3.

1. Der Unterhaltsanspruch des Kindes entsteht mit seiner Geburt in dem gesetzlich normierten Umfange, auch wenn der Vater bereits vor der Geburt des Kindes gestorben ist (§ 1712).

α) Der Anspruch richtet sich nicht bloß auf notdürftigen, sondern gemäß § 1705 auf den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt (§ 1708); der Unterhalt umfaßt entsprechend dem § 1610 Abs. 2 den gesamten Lebensbedarf sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe (§ 1708 cit.).

β) Die Unterhaltspflicht des Vaters ist zeitlich begrenzt; die Zeitgrenze bildet jedoch nicht mehr die Vollendung des 14., sondern die des 16. Lebensjahres des Kindes. Aber auch nach Erreichung dieser Grenze dauert die Unterhaltspflicht ausnahmsweise fort, wenn das Kind bei Vollendung des 16. Lebensjahres infolge geistiger oder

---

[1]) Vgl. §§ 167, 191 R.G. F.G.; Art. 70 A.G.

körperlicher Gebrechen mit oder ohne Verschulden außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1708); in diesem besonderen Falle findet § 1603 Abs. 1 (Leistungsfähigkeit des Vaters) entsprechende Anwendung.

γ) Der Unterhalt ist durch eine für drei Monate im voraus zu entrichtende Geldrente zu gewähren. Dem Vater steht abweichend von § 1612 die Gewährung in anderer Art, insbesondere das Recht auf eigene Verpflegung des Kindes, nicht zu. Durch die Vorausleistung für eine spätere Zeit wird der Vater nicht befreit; der Vater kann sie nur gemäß §§ 812 ff. kondizieren. Hat das Kind den Beginn des Vierteljahres erlebt, so gebührt ihm entsprechend dem § 760 Abs. 3 der volle, auf das Vierteljahr entfallende Betrag (§ 1710).

αα) Eine Vereinbarung zwischen dem Vater und dem Kinde über den Unterhalt für die Zukunft oder über eine an Stelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung kann mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung wirksam getroffen werden.

ββ) Ein unentgeltlicher Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft ist dagegen schlechthin nichtig (§ 1714).

δ) Der Unterhalt kann im Gegensatz zu § 1613 auch für die Vergangenheit (Ob.Trib. 55 S. 105) verlangt werden (§ 1711).

ε) Der Vater haftet, allerdings nur subsidiär, auch für die Beerdigungskosten des Kindes (§ 1713 Abs. 2, vgl. § 1615 Abs. 2 das.).

2. Die Unterhaltspflicht, auch die aus § 1708 Abs. 3 (St.A. 77 S. 171; Ob.Trib. 53 S. 177), geht auf die Erben des Vaters über, erlischt also nicht mit dessen Tode. Die Erben sind aber befugt, das Kind mit dem Betrage abzufinden, der ihm als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre (§ 1712); diese Befugnis zessiert im Falle wirksamer Vereinbarung aus § 1714. Ein Anspruch des Kindes gegen denjenigen, der des Vaters Tod verschuldet hat, besteht insoweit nicht (§ 844 Abs. 2), als dessen Erben verpflichtet bleiben.

3. Der Unterhaltsanspruch geht, soweit die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem Kinde den Unterhalt gewährt, auf die Mutter oder den Verwandten über (R.G. R. d. O.L. 6 S. 423, R. 03 S. 362); der Übergang, der dem Kinde insoweit die Aktivlegitimation entzieht, kann entsprechend den §§ 1607 Abs. 2, 1608 Abs. 1 nicht zum Nachteile des Kindes geltend gemacht werden (§ 1709). Daneben kann der Mutter bzw. den mütterlichen Ver-

wandten noch aus einem besonderen Rechtsverhältnis, z. B. Mandat, ein Rückgriffsrecht gegen den Vater zustehen. Einem Dritten, der die Alimentierung des Kindes bewirkt hat, erwächst ein solcher Ersatzanspruch gegen den Vater nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, z. B. aus Mandat, neg. gestio; er entsteht also nicht, wenn der Dritte das Kind lediglich in wohltätiger Absicht verpflegt hat.

4. Der Unterhaltsanspruch erlischt im Einklang mit § 1615 mit dem Tode des Kindes, soweit er nicht auf Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung für die Vergangenheit oder auf solche im voraus zu bewirkende Leistungen gerichtet ist, die zur Zeit des Todes des Kindes fällig sind (§ 1713 Abs. 1). Vgl. noch § 197.

c) Die Vorschriften der §§ 640 bis 643 C.P.O. über das Verfahren in Prozessen, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben, gelten nicht für einen Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat (§ 644 das.).

III. Ansprüche der Mutter.

a) Die Mutter des unehelichen Kindes kann von dessen Vater beanspruchen

1. die Kosten der Entbindung,

2. die Unterhaltskosten für die ersten sechs Wochen,

3. falls infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung weitere Aufwendungen, z. B. bei einer Erkrankung der Mutter, notwendig werden, auch die dadurch entstehenden Kosten; stirbt die Mutter, so hat der Schwängerer die Begräbniskosten nicht zu tragen.

Der gewöhnliche Betrag dieser Kosten (1 bis 3) gebührt ihr ohne Rücksicht auf den wirklichen Aufwand; soweit jedoch der Anspruch auf ein plus gerichtet ist, muß die tatsächliche Verwendung dargetan werden (§ 1715 Abs. 1).

b) Der Anspruch zu a steht der Mutter auch dann zu, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben, oder wenn das Kind tot geboren ist (§ 1715 Abs. 2); die Geburt, wenn auch Frühgeburt, eines Kindes muß aber erfolgt sein (Ob.Trib. 58 S. 291).

c) Die Verjährung, welche mit dem Ablaufe von sechs Wochen nach der Geburt des Kindes beginnt, vollendet sich in vier Jahren (§ 1715 Abs. 3).

IV. Sicherstellung.

Die Mutter konn schon vor der Geburt des Kindes eine einstweilige Verfügung dahin extrahieren, daß der Vater

a) den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt,

b) den gewöhnlichen Betrag der ihr zu ersetzenden Kosten

1. alsbald nach der Geburt des Kindes an die Mutter oder an den Vormund bzw. an die Mutter zu zahlen,

2. den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen

hat.

Die Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Anspruchs ist nicht erforderlich (§ 1716). Ein darüber hinausgehender Anspruch besteht nicht. Insbesondere entsteht ein Unterhaltsanspruch aus § 1708 erst mit der Geburt des Kindes. Die Bestellung eines Pflegers für die Leibesfrucht behufs Geltendmachung dieses Unterhaltsanspruchs im Wege des Arrestes ist deshalb unzulässig (K.G. Joh. 22 S. 30ff.).

§ 94.

Legitimation unehelicher Kinder[1] (§§ 1719 bis 1740).

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

a) Ein uneheliches Kind erlangt dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheiratet, mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1719). Der Ehemann der Mutter wird aber nicht schlechthin als Vater des Kindes erachtet.

1. Er gilt als solcher, wenn er der Mutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit (§ 1717 Abs. 2) beigewohnt hat; eine derartige Beiwohnung wird vermutet (R.G. 31 S. 304ff.), wenn er nach der

[1] Vgl. Art. 22 E.G.; §§ 51, 53 R.G. F.G. Sind für die persönlichen Verhältnisse eines unehelichen Kindes die Vorschriften des franz. Rechts maßgebend (vgl. Art. 207ff. E.G.), so erlangt nach § 1 Art. 71 A.G. das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes, wenn der Vater die Mutter geheiratet und das Kind vor dem 1. 1. 00 in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat. Dies gilt für ein Kind, das zur Zeit der Anerkennung volljährig ist, nur dann, wenn das Kind vor dem 1. 1. 00 in einer öffentlichen Urkunde seine Zustimmung zu der Anerkennung erklärt. Eine nach dem § 1 cit. erfolgte Anerkennung gilt als von der Zeit der Eheschließung an wirksam. Erworbene Rechte Dritter bleiben unberührt (§ 2 Art. 71 A.G.).

Geburt des Kindes seine Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde anerkennt[1]).

2. Die Fiktion seiner Vaterschaft (1) greift nicht Platz, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus der Beiwohnung ihres Ehemannes empfangen hat (§ 1720, vgl. auch § 1591 Abs. 1); die Einrede mehrerer Zuhälter (exc. plurium) ist abweichend von § 1717 Abs. 1 hier ausgeschlossen.

b) Ist die Ehe der Eltern des unehelichen Kindes nichtig, so finden die die rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen regelnden Vorschriften (§§ 1699 bis 1704) entsprechende Anwendung. Hiernach gilt trotz Nichtigkeit der Ehe das uneheliche Kind als ehelich, sofern auch nur einer der Ehegatten bei der Eheschließung in gutem Glauben war (§§ 1721, 1699 Abs. 1).

c) Die Eheschließung zwischen den Eltern hat für die Abkömmlinge des unehelichen Kindes die Wirkungen der Legitimation auch dann, wenn das Kind vor der Eheschließung gestorben ist (§ 1722).

II. Legitimation durch Ehelichkeitserklärung.

Die Ehelichkeitserklärung eines unehelichen Kindes, wodurch es die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt, kann nur durch eine Verfügung der Staatsgewalt erfolgen. Sie findet in der Regel statt, wenn die Eheschließung zwischen den Eltern, z. B. durch Tod, Verschollenheit, Geisteskrankheit des einen Teils unmöglich geworden ist (vgl. jedoch § 1733 Abs. 2), oder den Umständen nach, z. B. dem Vater infolge seines Berufes, nicht zugemutet werden kann. Sie hängt aber einerseits von dem Eintritt einer solchen Voraussetzung nicht ab und kann andererseits in jedem Falle auch beim Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse (a) und beim Mangel eines gesetzlichen Hindernisses versagt werden, da lediglich das freie Ermessen der staatlichen Behörde bzw. des Reichskanzlers zu entscheiden hat, ein Rechtsanspruch auf die Ehelichkeitserklärung nicht besteht (Gnadensache). Unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung kann dieselbe ebensowenig, wie z. B. die Auflassung (§ 925 Abs. 2) oder die Annahme an Kindesstatt (§ 1742) bewirkt werden (§§ 1723, 1724, 1734).

a) Erfordernisse.

Die Ehelichkeitserklärung setzt voraus

1. den Antrag des Vaters (vgl. jedoch § 1735), welcher die

[1]) Vgl. §§ 167, 191 R.G. F.G.; Art. 70 A.G.

Erklärung enthalten muß, daß er das Kind als das seinige anerkennt, und welcher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf (§§ 1725, 1728 ff., 1730),

2. die gerichtliche oder notarielle Einwilligung des Kindes (§§ 1726, 1728 ff.),

3. solche Einwilligung

α) der Mutter, wenn das Kind nicht das 21. Lebensjahr vollendet hat, vgl. noch § 1727,

β) der Frau des Vaters, falls er verheiratet ist.

Die Einwilligung der Mutter bzw. der Frau ist nicht geboten, wenn die Mutter bzw. die Frau zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§ 1726); ist dies mit Unrecht angenommen worden, so wird die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung dadurch gleichwohl nicht beeinflußt (§ 1735).

αα) Der Antrag auf Ehelichkeitserklärung sowie die Einwilligung der im § 1726 cit. bezeichneten Personen (1 bis 3) kann grundsätzlich nicht durch einen Vertreter erfolgen (§§ 1728, 1729).

ββ) Ist der Antrag oder die Einwilligung (1 bis 3) anfechtbar, so gelten für die Anfechtung und für die Bestätigung der anfechtbaren Erklärung die unter *αα* angezogenen Vorschriften (§ 1731).

b) Hindernisse.

1. Die Ehelichkeitserklärung ist unzulässig, wenn zur Zeit der Erzeugung des Kindes die Ehe zwischen den Eltern nach § 1310 Abs. 1 wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verboten war (§ 1732).

2. Auch nach dem Tode des Kindes kann sie nicht erfolgen (§ 1733 Abs. 1).

3. Nach dem Tode des Vaters ist sie nur zulässig, wenn der Vater bereits den Antrag (§§ 1723, 1725, 1728 ff.) bei der zuständigen Behörde eingereicht oder bei bzw. nach vorschriftsmäßiger Beurkundung des Antrags das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat (§ 1733 Abs. 2).

c) Wirkung.

1. Durch die Ehelichkeitserklärung erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes.

α) Die Wirkungen erstrecken sich auf die Abkömmlinge des Kindes, so daß dieselben ebenfalls in ein Verwandtschaftsverhältnis

zu dem Vater treten; sie erstrecken sich dagegen auf die Anverwandten des Vaters nicht; das Kind tritt somit nicht in seine Familie ein (§§ 1736, 1737 Abs. 1), so daß mehrere für ehelich erklärte uneheliche Kinder des Vaters nicht Vollgeschwister werden.

β) Zwischen der Frau des Vaters und dem Kinde wird ebensowenig wie zwischen dem Ehegatten des Kindes und dem Vater ein Schwägerschaftsverhältnis begründet (§ 1737 Abs. 1).

γ) Der Vater ist dem Kinde und dessen Abkömmlingen vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet (§ 1739).

2. Die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Kinde und seinen Verwandten ergeben, bleiben mangels anderweiter gesetzlicher Vorschrift unberührt (§ 1737 Abs. 2).

α) Die Mutter verliert mit der Ehelichkeitserklärung das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1707), da dem Vater die elterliche Gewalt über das legitimierte Kind zusteht.

β) Auch bei Beendigung oder Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters tritt die Sorge der Mutter für die Person des Kindes nicht wieder ein; hat sie jedoch ausnahmsweise dem Kinde Unterhalt zu gewähren, z. B. bei Unvermögen des Vaters, so erneuern sich ihr Recht und ihre Pflicht, wenn die elterliche Gewalt des Vaters

entweder endigt,

oder wegen Geschäftsunfähigkeit des Vaters (§ 1676 Abs. 1), bzw. tatsächlicher Verhinderung desselben gemäß § 1677, nicht aus anderen Gründen, ruht (§ 1738).

3. Will der Vater eine Ehe eingehen, während er die elterliche Gewalt über das Kind hat, so finden die Vorschriften der §§ 1669 bis 1671 über die Verpflichtung zur Anzeige, Einreichung eines Vermögensverzeichnisses ev. Auseinandersetzung, und über die Folgen der Unterlassung, Anwendung (§ 1740).

4. Die nach dem Tode des Vaters erfolgte Ehelichkeitserklärung hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode des Vaters erfolgt wäre (§ 1733 Abs. 3).

§ 95.

Annahme an Kindesstatt (§§ 1741 bis 1772)[1].

I. Begriff und Abschluß.

Die Annahme an Kindesstatt bildet nur ein Mittel, dem Angenommenen und dessen künftiger Deszendenz die rechtliche Stellung ehelicher Abkömmlinge des Annehmenden zu gewähren, ein Kindesverhältnis mit diesem herzustellen. Sie geschieht stets durch einen Vertrag, welcher bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile, des Annehmenden und des Kindes, vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden muß und der Bestätigung durch das zuständige Gericht bedarf; sie kann ebensowenig wie die Ehelichkeitserklärung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen (§§ 1741, 1742, 1750 Abs. 2, 1724). Mit der Bestätigung tritt sie in Kraft, doch sind die Vertragschließenden schon vorher gebunden. Wird die Bestätigung versagt, so verliert der Vertrag seine Kraft; die Bestätigung ist aber nur zu versagen, wenn ein gesetzliches Erfordernis der Annahme an Kindesstatt fehlt (§ 1754).

a) Der Annahmevertrag kann nicht durch einen Vertreter geschlossen werden. Vor Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes kann jedoch sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schließen. Dieser Genehmigung bedarf es auch außer der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wenn der Annehmende oder das Kind in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§§ 1750, 1751; vgl. auch §§ 1728, 1729).

b) Die Bestätigung des Annahmevertrags kann nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen. Nach dem Tode des Annehmenden ist die Bestätigung nur zulässig, wenn der eine Vertragsteil für die Einreichung des Antrags bei dem zuständigen Gericht bereits Sorge getragen hat (§ 1753; vgl. auch § 1733).

II. Erfordernisse.

a) Der Annehmende darf keine ehelichen Abkömmlinge haben, dagegen steht das Vorhandensein eines angenommenen Kindes einer weiteren Annahme an Kindesstatt nicht entgegen (§§ 1741, 1743); der Annehmende muß auch mangels Dispenses das 50. Lebensjahr vollendet haben und mindestens 18 Jahre älter sein als das Kind (§§ 1744, 1745).

---

[1]) Vgl. §§ 65 bis 68 R.G. F.G.

Nur Ehegatten können ein Kind als gemeinschaftliches annehmen, demgemäß kann ein einmal angenommenes Kind, solange das durch die Adoption begründete Rechtsverhältnis besteht, nur von dem Ehegatten des Annehmenden, nicht von einem Dritten adoptiert werden (§ 1749).

b) Einzuwilligen haben

1. der Ehegatte des Annehmenden sowie der des angenommenen Kindes,

2. die Eltern eines ehelichen Kindes, welches das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,

3. die Mutter eines unehelichen Kindes bis zu dem gleichen Lebensalter desselben.

α) Die Einwilligung dieser Personen kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden.

β) Die Einwilligungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

γ) Die Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn die betreffende Person zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§§ 1764 bis 1748; vgl. noch § 1756).

III. Wirkung.

Die Unterscheidung zwischen Arrogation und Adoption im engeren Sinne ist beseitigt, die Annahme an Kindesstatt als ein Mittel zur Begründung eines Eltern- und Kindesverhältnisses einheitlich gestaltet worden.

a) Durch die Annahme an Kindesstatt erlangt das Kind wie durch die Ehelichkeitserklärung (§ 1736) die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (R.G. Joh. 22 S. 235), die eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten aber, wenn es von einem Ehepaare gemeinschaftlich angenommen wird oder ein Ehegatte ein Kind des anderen Ehegatten adoptiert (§ 1757). Hieraus folgt auch:

1. Das Kind erhält den Familiennamen des Annehmenden; mangels anderweiter Bestimmung des Adoptionsvertrags darf es jedoch den neuen Namen seinem früheren Familiennamen hinzufügen (§ 1758).

2. Der Annehmende ist Inhaber der elterlichen Gewalt, wenn das Kind noch minderjährig ist (§§ 1626 ff.). Soweit auf Grund dieser Gewalt das Vermögen des Kindes seiner Verwaltung unterliegt

(§§ 1638 ff.), hat er nicht bloß gemäß § 1640, sondern darüber hinaus grundsätzlich zur Vermeidung der Entziehung seiner Vermögensverwaltung ein Vermögensverzeichnis aufzunehmen und mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen dem Vormundschaftsgericht einzureichen (§ 1760).

3. Der Annehmende ist vor den leiblichen Eltern zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet (§ 1766).

b) Durch die Annahme an Kindesstatt wird ein Erbrecht für den Annehmenden nicht begründet (§ 1759).

c) Will der Annehmende eine Ehe eingehen, während er die elterliche Gewalt über das Kind hat, so finden wie inhalts des § 1740 die Vorschriften der §§ 1669 bis 1671 Anwendung (§ 1761).

d) Die Wirkungen der Annahme erstrecken sich entsprechend dem § 1737 auf die Abkömmlinge des Kindes, dagegen nicht auf die Verwandten des Annehmenden. Ein zur Zeit des Vertragsabschlusses schon vorhandener Abkömmling des Kindes unterliegt jedoch den Wirkungen nur, wenn der Vertrag auch mit ihm geschlossen wird (§§ 1750, 1762, 1763).

e) Ein Schwägerschaftsverhältnis zwischen dem Ehegatten des Annehmenden und dem Kinde, oder dem Ehegatten des Kindes und dem Annehmenden wird im Anschluß an § 1737 nicht begründet (§ 1763 cit.).

f) Die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Kinde und seinen Verwandten ergeben, werden im Einklang mit § 1737 Abs. 2 durch die Annahme an Kindesstatt nicht berührt, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

1. Die leiblichen Eltern verlieren die elterliche Gewalt über das Kind;

2. der unehelichen Mutter steht die Sorge für die Person des Kindes nicht zu.

3. Nur ausnahmsweise treten das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, wieder ein, nämlich, wenn bei Beendigung der elterlichen Gewalt des Annehmenden oder ihrem Ruhen infolge seiner Geschäftsunfähigkeit (§ 1676 Abs. 1) oder tatsächlichen Verhinderung nach § 1677 der Vater oder die Mutter, der Regel des § 1766 entgegen, dem Kinde Unterhalt zu gewähren hat (§ 1765). Das Recht zur Vertretung des Kindes tritt trotzdem nicht wieder ein.

g) In dem Annahmevertrage kann die Nutznießung des Annehmenden an dem Kindesvermögen, sowie das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen werden. Dagegen ist im übrigen eine vertragsmäßige Änderung der Wirkungen der Adoption unzulässig (§ 1767).

IV. Wiederaufhebung (§§ 1768 bis 1772).

Das durch die Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältnis kann vertragsmäßig wieder aufgehoben werden. Die Aufhebung kann wie die Annahme nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen. Der Vertrag bedarf auch hier der Bestätigung durch das zuständige Gericht.

Drittes Hauptstück: Vormundschaft und Pflegschaft.

Erster Abschnitt: Vormundschaft über Minderjährige [1].

§ 96.

Anordnung der Vormundschaft (§§ 1773 bis 1792) [2].

I. Begriff.

Unter Vormundschaft werden diejenigen Fälle begriffen, in welchen es sich um die allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen des Mündels nach der tatsächlichen Seite und der Seite der Vertretung hin, um die Gesamtheit seiner Angelegenheiten handelt, während eine Pflegschaft (§§ 1909 ff.) in der Regel (vgl. jedoch § 1910) nur da eintritt, wo das Bedürfnis des Schutzes nur für besondere Angelegenheiten angezeigt ist. Demgemäß wird in dem § 1911 nur ein Abwesenheitspfleger, nicht ein Abwesenheitsvormund bestellt. Des vollen vormundschaftlichen Schutzes, sowohl in ihren persönlichen als in ihren vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bedürfen regelmäßig nur Minderjährige, aber auch ein Volljähriger erhält einen Vormund, wenn er entmündigt ist (§ 1896) und dadurch einem Minderjährigen rechtlich gleichsteht (§§ 104, 114).

---

[1]) Vgl. §§ 35 bis 64 R.G. F.G.

[2]) Vgl. Art. 23, 147 E.G.

Ein Minderjähriger erhält einen Vormund, wenn eine der folgenden drei Alternativen vorliegt,

entweder wenn der Minderjährige nicht unter elterlicher Gewalt steht; auch die elterliche Gewalt der Mutter (§§ 1686 ff.) schließt die Vormundschaft aus,

oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind, z. B. infolge Entziehung durch das Vormundschaftsgericht (§§ 1666 ff.), oder Ruhens der elterlichen Gewalt (§§ 1678, 1685, 1686, 1606, 1697), während diese selbst besteht und sich im wesentlichen auf die Nutznießung beschränkt. Ist dagegen der Inhaber der elterlichen Gewalt nur an der Besorgung einzelner Angelegenheiten oder eines Kreises von Angelegenheiten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen verhindert, so wird ein Pfleger bestellt (§ 1909),

oder wenn der Familienstand des Minderjährigen nicht zu ermitteln ist (§ 1773).

II. Zahl der Vormünder.

In der Regel genügt ein verwaltender Vormund für jede Vormundschaft, auch wenn sie sich auf mehrere Geschwister erstreckt. Neben dem Vormund kann oder soll auch ein Gegenvormund bestellt werden (§ 1792).

Mehrere Vormünder führen die Vormundschaft gemeinschaftlich, können also nur in ihrer Gesamtheit gültig handeln. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch die Führung der Vormundschaft unter sie nach bestimmten Wirkungskreisen verteilen; innerhalb des ihm überwiesenen Wirkungskreises führt jeder Vormund die Vormundschaft selbständig (§ 1797). Neben einem gesetzlich berufenen Vormund darf nur mit dessen Zustimmung ein Mitvormund bestellt werden (§§ 1776, 1778 Abs. 4).

III. Bestellung.

Das Vormundschaftsgericht ist von Amts wegen verpflichtet, die Vormundschaft anzuordnen (§ 1774). Nur kraft Bestellung desselben (Bestellungsprinzip), nicht von selbst kraft Gesetzes tritt der Vormund in sein Amt ein. Die gesetzliche Vormundschaft ist beseitigt[1]). Insbesondere besteht für eine derartige Vormundschaft der Eltern über

[1]) Vgl. jedoch Art. 136 E.G. Die bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften sind für Preußen in Art. 78 A.G. enthalten. Einer vormundschaftsgerichtlichen Bestellung der gesetzlichen Vormünder bedarf es hiernach nicht (R.G. Joh. 22 S. 220).

das minderjährige Kind kein Bedürfnis, da ihm der vormundschaftliche Schutz in der elterlichen Gewalt des Vaters oder der Mutter gewährt wird, und diese Gewalt weder durch Verheiratung (vgl. noch § 1364)[1], noch durch getrennte Haushaltung oder Entlassung des Kindes endigt.

Wenn trotzdem gewisse Personen, sei es infolge letztwilliger Benennung des Vaters oder der ehelichen Mutter, denen das Benennungsrecht als Ausfluß ihrer elterlichen Gewalt zusteht, sei es auf Grund ihrer Verwandtschaft (der Großvater des Mündels von väterlicher ev. von mütterlicher Seite), und zwar in dieser Reihenfolge, als Vormünder berufen sind, so hat diese Berufung lediglich die Bedeutung, daß der Betreffende ohne seine Zustimmung nur übergangen werden darf,

entweder wenn er nach den §§ 1780 bis 1784 nicht zum Vormunde bestellt werden kann oder soll,

oder wenn er an der Übernahme der Vormundschaft verhindert ist oder die Übernahme verzögert,

oder wenn seine Bestellung das Interesse des Mündels gefährden würde.

Für eine Ehefrau darf der Mann vor sämtlichen Berufenen, für ein uneheliches Kind darf die Mutter vor dem Großvater zum Vormunde bestellt werden (§§ 1776 bis 1778).

IV. Auswahl.

Ist die Vormundschaft nicht einem nach § 1776 cit. Berufenen zu übertragen, so steht die Auswahl des geeigneten Vormunds dem Vormundschaftsgericht nach Anhörung des Gemeindewaisenrats zu[2]; dessen Nichtanhörung begründet keine Nichtigkeit. Verwandte und Verschwägerte des Mündels sind zunächst zu berücksichtigen; die Gleichheit des religiösen Bekenntnisses ist kein wesentliches Erfordernis, aber bei der Auswahl tunlichst festzuhalten (§ 1779); vgl. noch § 1801.

a) Jeder Deutsche hat die Vormundschaft, für die er von dem Vormundschaftsgericht ausgewählt wird, zu übernehmen, sofern nicht seiner Bestellung einer der nachbezeichneten Hinderungsgründe entgegensteht.

---

[1]) Die Nutznießung des Vaters (Mutter) endigt, wenn sich das Kind verheiratet (§§ 1661, 1686).

[2]) Auch nach erfolgter Bestellung des Vormunds kann die Beschwerde dagegen zulässig sein (R.G. Joh. 22 S. 213).

1. Hinderungsgründe.

α) Zum Vormunde kann nicht bestellt werden, wer geschäftsunfähig oder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist (§ 1780); die Bestellung würde nichtig sein.

β) Unfähig sind aber auch zur Vormundschaft die in dem § 1781 näher bezeichneten Personen, insbesondere Minderjährige, Gemeinschuldner. Ferner soll ein durch letztwillige Anordnung des Vaters oder der ehelichen Mutter des Mündels von der Vormundschaft Ausgeschlossener überhaupt nicht, eine Frau, die mit einem anderen als dem Vater des Mündels verheiratet ist, nur mit Zustimmung ihres Mannes, ein Beamter oder Religionsdiener nicht ohne die nach den Landesgesetzen erforderliche besondere Erlaubnis[1]) zum Vormunde bestellt werden (§§ 1782 bis 1784, 1777). Aber die Nichtberücksichtigung einer solchen Sollvorschrift schafft nicht Nichtigkeit, bildet jedoch nach Maßgabe der §§ 1886 und 1888 einen Entlassungsgrund.

2. Ablehnungsgründe.

α) Die Übernahmepflicht besteht für die in dem § 1786 aufgeführten Personen nicht. Insbesondere kann die Übernahme ablehnen

αα) eine Frau, mag sie verheiratet oder unverheiratet sein,

ββ) wer das 60. Lebensjahr vollendet hat,

γγ) wer mehr als vier minderjährige eheliche Kinder hat,

δδ) wer mehr als eine Vormundschaft oder Pflegschaft oder zwei Gegenvormundschaften führt usw. Die Führung einer Vormundschaft und einer Gegenvormundschaft berechtigt nicht zur Ablehnung (K.G. R. 03 S. 126, Joh. 24 S. 185).

β) Das Ablehnungsrecht erlischt, wenn es nicht vor der Bestellung bei dem Vormundschaftsgericht geltend gemacht wird (§ 1786 Abs. 2 cit.).

b) Das Vormundschaftsgericht kann den zum Vormund Ausgewählten durch Ordnungsstrafen zur Übernahme der Vormundschaft anhalten (§ 1788). Wer die Übernahme der Vormundschaft ohne Grund ablehnt, ist, allerdings nur im Falle des Verschuldens, auch für den dem Mündel durch die Verzögerung der Bestellung entstehenden Schaden verantwortlich (§ 1787).

---

[1]) Vgl. Art. 72 A.G.

V. Inhalt der Bestellung.

Die Bestellung des Vormundes enthält die richterliche Bestätigung, zugleich aber auch die Verpflichtung, durch welche der Vormund auch seinerseits die Vormundschaft übernehmen zu wollen erklärt; diese beiden Akte sind mit einander verschmolzen.

a) Die Verpflichtung des Vormunds zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft soll mittelst Handschlag an Eidesstatt erfolgen (§ 1789).

b) Bei der Bestellung kann die Entlassung für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines bestimmten Ereignisses, z. B. der Verheiratung des Vormunds, vorbehalten werden (§ 1790).

c) Der Vormund erhält eine Bestallung, aus welcher die für die Verhältnisse der Vormundschaft vorzugsweise wichtigen Umstände ersichtlich sein sollen (§ 1791). Diese Bestallung hat nur die Bedeutung eines gerichtlichen Zeugnisses, daß die darin als Vormund bezeichnete Person als solcher nach Maßgabe ihres Inhalts tatsächlich bestellt worden ist, nicht aber den Charakter einer selbständigen Ermächtigung zur Vornahme von Rechtsgeschäften, sie schützt mithin auch gutgläubige Dritte nicht gegen die Gefahren, welche sich aus der nachträglichen Veränderung der Verhältnisse, insbesondere späteren Wegfalls der Vertretungsmacht ergeben können. Die Bestallung ist bei Beendigung des Amtes dem Gerichte zurückzugeben (§ 1893 Abs. 2).

VI. Gegenvormund.

Die Bestellung eines Gegenvormundes ist zulässig, aber nicht notwendig.

a) Ein solcher Gegenvormuud (Ehrenvormund) soll nur bestellt werden, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist; die Bestellung unterbleibt auch in diesem Falle, wenn die Verwaltung nicht erheblich oder die Vormundschaft von mehreren (verwaltenden) Vormündern gemeinschaftlich (§ 1797) zu führen ist. Der Vater und ebenso die eheliche Mutter kann bei Benennung eines Vormundes die Bestellung eines Gegenvormundes ausschließen, das Gericht jedoch bei Gefährdung des Interesses des Mündels die Anordnung außer Kraft setzen (§ 1857).

1. Ist die Vormundschaft von mehreren (verwaltenden) Vormündern nicht gemeinschaftlich, sondern z. B. nach bestimmten Wirkungs-

kreisen zu führen, so kann der eine Vormund zum Gegenvormund des anderen bestellt werden.

2. Auf die Berufung und Bestellung des Gegenvormundes finden die für den Vormund geltenden Vorschriften (oben III bis V) Anwendung (§ 1791).

b) Der Wirkungskreis des Gegenvormundes erstreckt sich vorzugsweise auf das Vermögen des Mündels, er beschränkt sich jedoch nicht hierauf; der Gegenvormund hat auch darauf zu achten, daß die persönlichen Verhältnisse des Mündels nicht vernachlässigt werden (§ 1799).

§ 97.

Führung der Vormundschaft (§§ 1793 bis 1836).

I. Rechtsstellung im Allgemeinen.

Der von dem Vormundschaftsgericht bestellte Vormund hat wie der Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1627, 1628, 1630, 1686) das Recht und die Pflicht, für die Person[1]) und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten. Dieses Recht und diese Pflicht erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten des Mündels, für die ein Pfleger, z. B. nach § 1909 Satz 2, bestellt ist (§§ 1793, 1794). In allen sonstigen persönlichen und Vermögensangelegenheiten ist der Vormund der gesetzliche Vertreter (vgl. §§ 164 ff., insbesondere 166 Abs. 1) des Mündels. Der Vormund ist auch befugt, zur Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte namens des Mündels Vollmacht zu erteilen, sofern er nicht nach gesetzlicher Vorschrift oder nach der Natur der Sache die Geschäfte persönlich vorzunehmen hat (R. G. R. 03 S. 18). Der Mündel hat ein Verschulden seines Vormunds bei Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit des Mündels in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden (§ 278), haftet aber nicht für den Schaden, welchen der Vormund durch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene widerrechtliche Handlung (Delikt) einem Dritten zugefügt hat. Die Vertretungsmacht des Vormunds, welche auch das Recht, zu Rechtsgeschäften des Mündels die erforderliche Einwilligung oder Genehmigung zu erteilen, in sich begreift, ist nicht bloß eine allgemeine, sie ist auch an sich grundsätzlich unbeschränkt. Allein an Ausnahmen von dieser Regel fehlt es nicht.

[1]) Der Vormund ist also berechtigt und verpflichtet, das Kind zu erziehen und seine Erziehung zu überwachen (R.G. Joh. 25 S. 25, R. 03 S. 182).

a) Der Vormund kann den Mündel nicht vertreten:

1. bei einem Rechtsgeschäfte zwischen seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in grader Linie einerseits und dem Mündel andererseits (K.G. Joh. 22 S. 104), es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (vgl. unter b);

2. bei einem Rechtsgeschäfte, das die Übertragung (Zession) oder Belastung (Verpfändung, Nießbrauchsbestellung) einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Mündels gegen den Vormund oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstande hat, also auch bei der Kündigung und Einziehung einer solchen Hypothek und ihrer Löschungsbewilligung (K.G. Joh. 24 S. 17, R. 02 S. 319), oder die obligatorische Verpflichtung des Mündels zu einer derartigen dinglichen Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründet;

3. bei einem Rechtsstreite zwischen den in Nr. 1 bezeichneten Personen, sowie bei einem Rechtsstreite über eine Angelegenheit der in Nr. 2 bezeichneten Art.

Eine bezügliche Willenserklärung des Vormundes ist jedoch nicht nichtig, sondern als von einem nicht mit Vertretungsmacht ausgestatteten Vertreter ausgegangen anzusehen, so daß die oben S. 205 ff. erörterten Grundsätze zur Anwendung gelangen; soweit hiernach die Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen abhängt, wird die eines nach § 1909 bestellten Pflegers ausreichen (§ 1795 Abs. 1); vgl. auch § 1630 Abs. 2.

b) Der Vormund kann in Gemäßheit des § 181 im Namen des Mündels mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen (§ 1795 Abs. 2), also z. B. nicht Sachen des Mündels durch Kauf für sich oder im Namen eines Dritten erwerben oder seine Sachen an den Mündel veräußern, diesem aus seinem Vermögen kein Darlehn gewähren, ein solches ebensowenig für sich oder im Namen eines Dritten aus dem Mündelvermögen entnehmen. Jeder derartige Rechtsakt würde unwirksam sein, sofern er nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (vgl. oben S. 194), z. B. in der Zahlung einer Schuld des Vormunds an den Mündel oder dieses an jenen (K.G. Joh. 22 S. 34 ff., S. 105).

c) Das Vormundschaftsgericht kann dem Vormund die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis

von Angelegenheiten entziehen und hierfür einen Pfleger bestellen; es soll jedoch von dieser Befugnis nur Gebrauch machen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormundes, seines Ehegatten oder eines seiner Verwandten grader Linie oder eines von dem Vormund vertretenen Dritten in erheblichem Gegensatze steht, also nur, wenn eine erhebliche Interessenkollision vorliegt (R. G. 21 S. 328), z. B. wenn der Vormund eine auf seinem Grundstück haftende, nicht ganz unbeträchtliche Hypothek oder Grundschuld für den Mündel erwirbt (§§ 1796, 1794)[1]).

d) Der Vormund kann nicht in Vertretung des Mündels Schenkungen machen; eine solche Schenkung würde nichtig sein. Ausgenommen sind nur Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (§ 1864); vgl. auch § 1641 (elterliche Gewalt).

e) Kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift ist der Vormund von der Vornahme einzelner, namentlich einer Reihe höchstpersönlicher Angelegenheiten des Mündels ausgeschlossen, z. B. inhalts der §§ 1304 Abs. 1, 1307, 1317, 1332 ff., 1358, 1437 Abs. 1, 1516, 1595, 1598, 1599, 2064, 2229, 2290 Abs. 1, 2347 usw.

f) Der Vormund bedarf in zahlreichen Fällen der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts; vgl. unten IV.

II. Sorge für die Person.

Das Recht und die Pflicht des Vormundes, für die Person des Mündels zu sorgen, bestimmt sich nach den für die elterliche Gewalt geltenden Vorschriften der §§ 1631 bis 1633. Die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels kann aber dem Vormunde von dem Vormundschaftsgerichte schon dann entzogen werden, wenn der Vormund nicht dem Bekenntnis angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist (§§ 1800, 1801)[2]). Der Vormund, nicht das Vormundschaftsgericht, hat die Kosten für die Erziehung des Mündels zu bestimmen (K. G. Joh. 21 S. 194).

Steht die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen des Mündels verschiedenen Vormündern zu, so entscheidet bei einer

---

[1]) Das Vormundschaftsgericht kann in gleicher Weise auch dem Vater (Mutter) die Vertretung entziehen (§§ 1630 Abs. 2, 1686).

[2]) Vgl. noch §§ 1696 bis 1698, 1838, 1839.

Meinungsverschiedenheit über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Mündels betreffenden Handlung das Vormundschaftsgericht (§ 1798), ohne dessen Beitritt sie unterbleiben muß.

III. Vermögensverwaltung.

Auch die Vermögensverwaltung führt der Vormund selbständig, nach eigenem Ermessen und auf eigene Verantwortung, soweit seiner Selbständigkeit nicht gewisse Schranken gezogen sind.

a) Der Vormund hat entsprechend dem § 1640 das bei Anordnung der Vormundschaft vorhandene oder später dem Mündel zufallende Vermögen zu verzeichnen und das mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit von ihm und beim Vorhandensein eines Gegenvormundes auch von diesem zu versehende Verzeichnis dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Der Vormund kann sich bei der Aufnahme des Verzeichnisses der Hilfe eines Beamten, eines Notars oder eines anderen Sachverständigen bedienen; die Kosten treffen den Mündel. Die eidliche Bestärkung des Inventars kann nicht gefordert werden, ebensowenig ist die Wertangabe vorgeschrieben. Das Vormundschaftsgericht kann aber die Aufnahme des Verzeichnisses durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten anordnen, wenn das eingereichte Verzeichnis ungenügend ist; diese Anordnung kann hier im Gegensatz zu den §§ 1640, 1686, 1692 auch durch letztwillige Verfügung der Eltern nicht ausgeschlossen werden.

Die Inventarisationspflicht des Vormunds ist eine publizistische, sie ist nicht als eine privatrechtliche, dem Mündel gegenüber bestehende aufzufassen, so daß § 260 Abs. 2 nicht Platz greift.

b) Der Vormund hat über seine Vermögensverwaltung dem Vormundschaftsgerichte alljährlich — das Rechnungsjahr wird von dem Gerichte bestimmt — Rechnung zu legen; doch kann das Gericht bei einer Verwaltung von geringem Umfange nach der für das erste Jahr erfolgten Rechnungslegung anordnen, daß die Rechnung demnächst nur für längere, höchstens allerdings dreijährige Zeitabschnitte, zu legen ist (§ 1840). Vgl. noch §§ 1854 ff.

1. Die Rechnung soll eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten, über den Ab- und Zugang des Vermögens Auskunft geben und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, mit Belegen versehen sein (§ 1841 Abs. 1), über deren Rückgabe das Ermessen des Gerichts entscheidet. Bei dem Betriebe eines Erwerbs-

geschäfts mit kaufmännischer Buchführung genügt ausnahmsweise als Rechnung schon eine aus den Büchern gezogene Bilanz; doch kann das Vormundschaftsgericht die Vorlegung der Bücher und sonstigen Belege verlangen (§ 1841 Abs. 2).

2. Ist ein Gegenvormund vorhanden oder, z. B. infolge des Todes des früheren, erst noch zu bestellen, so hat ihm der Vormund die Rechnung unter Nachweisung des Vermögensbestandes vorzulegen; der Gegenvormund hat die Rechnung mit den Bemerkungen zu versehen, zu denen die Prüfung ihm Anlaß gibt (§ 1842).

Diese Verpflichtung des Vormundes zur periodischen Rechnungslegung hat abweichend von der Inventarisationspflicht (a) zugleich den Charakter einer dem Mündel gegenüber begründeten privatrechtlichen Verpflichtung, welche nötigenfalls auch durch einen ad hoc zu bestellenden Pfleger im Prozeßwege erzwungen werden kann, vgl. noch § 1890.

In gleicher Weise können die zwischen dem Vormund und Mündel streitigen Ansprüche schon vor der Beendigung des Vormundschaftsverhältnisses im Rechtswege geltend gemacht werden (§ 1843 Abs. 2).

c) An Anordnungen der Eltern des Mündels hinsichtlich der Vermögensverwaltung ist der Vormund nicht gebunden; die Befolgung solcher Anordnungen hängt lediglich von seinem pflichtmäßigen Ermessen ab. Dagegen ist jedem Erblasser, aber auch demjenigen, der dem Mündel einen Vermögensgegenstand durch Rechtsgeschäft unter Lebenden unentgeltlich zuwendet, die Befugnis eingeräumt, in Ansehung des hinterlassenen oder zugewendeten Vermögens durch letztwillige Verfügung bzw. bei der Zuwendung den Vormund verpflichtende Bestimmungen über die Verwaltung und Veräußerung zu treffen. Nur ausnahmsweise darf der Vormund, wie der Inhaber der elterlichen Gewalt, mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung von diesen Anordnungen abweichen, wenn nämlich ihre Befolgung das Interesse des Schützlings gefährden würde (§§ 1803, 1639, 1686).

d) Der Vormund darf Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden (§ 1805), muß vielmehr sein Vermögen und das des Mündels getrennt halten, insbesondere auch den Gebrauch des Mündelvermögens unterlassen; Geld des Mündels, das er für sich verwendet, hat er von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen (§ 1834).

e) Dem Vormunde, nicht dem Vormundschaftsgerichte, liegt es ob, den für die Vermögensverwaltung im allgemeinen innezuhaltenden Haushaltsplan aufzustellen und die Summe zu bestimmen, die zur Bestreitung von Ausgaben, namentlich für Verwaltungskosten, den Unterhalt und die Erziehung des Mündels, bereit zu halten ist. Die darüber hinaus vorhandenen Barschaften, also die verfügbaren Mündelgelder, hat der Vormund verzinslich anzulegen (§ 1806).

1. Diese Anlegung soll nur mit Genehmigung des Gegenvormundes bzw. Vormundschaftsgerichts erfolgen (§ 1810), und zwar nur

α) in Forderungen, für die eine sichere Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder in sicheren Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken; die Landesgesetze[1]) können für die innerhalb ihres Geltungsbereichs belegenen Grundstücke die näheren Grundsätze über die pupillarische Sicherheit bestimmen;

β) in verbrieften Forderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat sowie in Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaates eingetragen sind; die Gültigkeit der Schuldverschreibungen, mithin auch die Gesetzmäßigkeit der Emission, hat der Vormund zu prüfen;

γ) in verbrieften Forderungen, deren Verzinsung von dem Reiche oder einem Bundesstaate gewährleistet ist;

δ) in Wertpapieren, insbesondere Pfandbriefen, sowie in verbrieften Forderungen jeder Art gegen eine inländische kommunale Körperschaft, z. B. Provinzen, Kreise, Gemeinden, Amtsverbände oder die Kreditanstalt einer solchen Körperschaft, sofern die Wertpapiere oder die Forderungen von dem Bundesrate zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt sind[2]);

---

[1]) Vgl. Art. 73 A.G.

[2]) Auf Grund der Art. 212/218 E.G. sind in Art. 74 A.G. außer den im § 1807 bezeichneten Forderungen und Wertpapieren zur Anlegung von Mündelgeld als geeignet erklärt:

1. die Rentenbriefe der zur Vermittelung der Ablösung von Renten in Preußen bestehenden Rentenbanken;
2. die Schuldverschreibungen, welche von einer deutschen kommunalen Körperschaft oder von der Kreditanstalt einer solchen Körperschaft oder mit Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde von einer Kirchengemeinde oder einem kirchlichen Verband ausgestellt und entweder von seiten der Inhaber kündbar sind oder einer regelmäßigen Tilgung unterliegen;
3. die mit staatlicher Genehmigung ausgegebenen Pfandbriefe und gleichartigen

ε) bei einer inländischen öffentlichen, auch einer selbständigen und deshalb nicht als kommunales Kreditinstitut geltenden, Sparkasse, **wenn** sie von der zuständigen Behörde [1]) des Bundesstaates, in welchem sie ihren Sitz hat, zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt ist (§§ 1807, 1809, 1810); die Erhebung des Geldes soll hier von der Genehmigung des Gegenvormundes oder Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht werden [2]).

2. Die **Wahl unter den verschiedenen Anlegungsarten** hat der **Vormund** zu treffen, ohne an eine bestimmte Reihenfolge gebunden zu sein. Trotz solcher Anlegung ist er aber nicht schlechthin von jeder Verantwortlichkeit frei; vielmehr bleibt er nach Maßgabe des § 1833 dem Mündel für ein Verschulden haftbar. Kann aber die Anlegung **den Umständen nach**, z. B. für einen kürzeren Zeitraum, nicht in der unter 1 erwähnten Weise erfolgen, so ist das Geld bei der Reichsbank, bei einer Staatsbank oder bei einer anderen durch Landesgesetz dazu für geeignet erklärten inländischen Bank oder bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung anzulegen [3]), daß zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist (§§ 1808, 1809, 1810). Eine anderweit bewirkte oder nicht konsentierte Kapitalsanlage kann zwar der Mündel nicht als für ihn unverbindlich zurückweisen, das Vormundschaftsgericht wird aber gegen eine solche Pflichtwidrigkeit (vgl. auch § 1799) einzuschreiten, ev. den Vormund zu entlassen oder ihn zu einer Sicherheitsleistung anzuhalten haben (§§ 1837, 1844, 1886). Die persönliche Haftung des Vormunds dem Mündel gegenüber bestimmt sich auch hier nach § 1833 cit.

3. Das Vormundschaftsgericht kann aus **besonderen Gründen**, z. B. zur Vermeidung sonst drohender großer Verluste oder Nachteile,

---

Schuldverschreibungen einer Kreditanstalt der im Art. 73 § 1 Abs. 2 bezeichneten Art;

4. die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, welche von einer preußischen Hypotheken-Aktien-Bank auf Grund von Darlehen an preußische Körperschaften des öffentlichen Rechtes, oder von Darlehen, für welche eine solche Körperschaft die Gewährleistung übernommen hat, ausgegeben sind.

[1]) Vgl. Art. 75 § 1 A.G.

[2]) Vgl. Art. 75 § 2 A.G.

[3]) Die sonstigen preußischen Banken, bei denen die Anlegung von Mündelgeld zulässig sein soll, sind in Art. 76 Abs. 1 A.G. bezeichnet; die Anlegung bei den ordentlichen Hinterlegungsstellen findet nach Abs. 2 das. nicht statt.

eine andere Anlegung verfügbarer Mündelgelder gestatten; einer Gefährdung des Mündels beugt die Vorschrift des § 1848 vor (§ 1811).

4. Ob der Vormund schon vorhandene Kapitalsanlagen, welche pupillarische Sicherheit nicht gewähren, bestehen lassen kann, richtet sich nach den besonderen Umständen des Falles; den Umsatz und Umtausch ganz unsicherer Werte wird er zu geeigneter Zeit unter tunlichster Vermeidung erheblicher Einnahme- und Vermögensverluste zu bewirken haben.

f) Der Vormund hat die zu dem Mündelvermögen gehörenden Inhaberpapiere, sowohl Inhaberaktien als auch Schuldverschreibungen auf den Inhaber nebst den Erneuerungsscheinen, sowie die mit Blankoindossament versehenen Ordrepapiere, z. B. Wechsel,

entweder bei einer Hinterlegungsstelle [1]) oder bei der Reichsbank mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung verlangt werden kann (§ 1814, dagegen § 1817),

oder auf den Namen des Mündels mit der Bestimmung umschreiben zu lassen, daß er, der Vormund, über sie nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu verfügen befugt ist (§ 1815).

1. Die Hinterlegung solcher Inhaberpapiere, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören, z. B. Banknoten, sowie von Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen ist nicht erforderlich.

2. Sind die zu hinterlegenden Inhaberpapiere von dem Reiche oder einem Bundesstaate ausgestellt, so kann der Vormund sie in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat mit der Bestimmung umwandeln lassen, daß er über sie nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung verfügen kann; das Vormundschaftsgericht kann solche Umwandlung anordnen.

g) Der Vormund ist in Ansehung der bei Anordnung der Vormundschaft zu dem Mündelvermögen gehörenden oder später von dem Mündel erworbenen Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat verpflichtet, den Vermerk in das Schuldbuch eintragen zu lassen, daß er über die Forderungen nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung verfügen kann (§ 1816, dagegen § 1817).

h) Der Vormund hat auch solche Wertpapiere des Mündels, zu deren Hinterlegung er nach § 1814 (vgl. oben unter f) nicht verpflichtet

---

[1]) Vgl. noch Art. 85 A.G.

ist, sowie Kostbarkeiten des Mündels in der in § 1814 cit. bezeichneten Art zu hinterlegen, wenn dies das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen anordnet; die Hinterlegung von Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen kann auch ohne besonderen Grund auf Antrag des Vormundes angeordnet werden (§ 1818)[1]. Vgl. noch § 1667 Abs. 2.

i) Der Vormund soll nicht ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Mündels beginnen oder ein bestehendes Erwerbsgeschäft desselben auflösen (§§ 1825, 1645).

k) Der Vormund kann Gegenstände, zu deren Veräußerung die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, z. B. nach §§ 1812, 1819 ff., dem Mündel nicht ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von diesem geschlossenen Vertrags oder zu freier Verfügung überlassen (§§ 1824, 1644; vgl. noch § 110).

IV. Genehmigung der Rechtsgeschäfte.

Bei einer Reihe wichtiger, vorzugsweise dem Gebiete der Sorge für das Vermögen angehörender Rechtsgeschäfte ist die Vertretungsmacht des Vormundes auch nach außen hin dadurch beschränkt, daß derselbe an die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts gebunden ist.

a) Genehmigung des Gegenvormundes.

1. Der Vormund kann über eine Forderung oder über ein anderes obligatorisches oder dingliches Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung beanspruchen kann, z. B. auch über Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden (§ 1821 Abs. 2), sowie über ein Wertpapier des Mündels nur mit Genehmigung des Gegenvormundes verfügen (vgl. oben S. 104 u. 120); der Vormund ist also nur mit dieser Genehmigung befugt, das Recht aufzugeben, zu übertragen, zu belasten, insbesondere zu verpfänden, die Leistung einzuziehen, zu kündigen usw., gleichermaßen aber auch nur mit dieser Genehmigung befugt, die obligatorische Verpflichtung zu einer solchen Verfügung, dem dinglichen Rechtsgeschäfte, einzugehen (vgl. noch § 1690).

α) Die Genehmigung des Gegenvormundes wird durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt, vgl. noch § 1826.

β) Beim Nichtvorhandensein eines Gegenvormundes, gleichviel

---

[1]) Vgl. noch Art. 85 A. G.

ob die Bestellung erforderlich war oder nicht (K.G. Joh. 24 S. 22, R. 02 S. 324), tritt an die Stelle der Genehmigung des Gegenvormundes die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung [1]); letzterer bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich (§ 1797) geführt wird.

γ) Die Genehmigung des Gegenvormundes reicht nicht aus, sofern die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach den §§ 1819 bis 1822, z. B. zu einer Verfügung über ein nach § 1814 oder § 1818 hinterlegtes Wertpapier, erforderlich ist.

δ) Das Vormundschaftsgericht kann dem Vormunde zu den in Rede stehenden Rechtsgeschäften, zu denen nach § 1812 die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich ist, eine allgemeine Ermächtigung erteilen (§ 1825). Vgl. § 1643 Abs. 3.

2. Ausnahmsweise bedarf der Vormund nicht der Genehmigung des Gegenvormundes zur Annahme einer geschuldeten Leistung (§ 1813):

α) wenn der Gegenstand der Leistung nicht in Geld oder Wertpapieren besteht; richtet er sich auf diese Gegenstände, so ist die Mitwirkung des Gegenvormundes erforderlich, mag er auch ursprünglich ein anderes Objekt betroffen haben;

β) wenn der Anspruch nicht mehr als 300 M. beträgt; unerheblich ist es hierbei, ob der Betrag der Leistung, z. B. einer Teilzahlung, 300 M. nicht übersteigt, sofern der ganze Anspruch darüber hinausgeht; die Befreiung des Vormundes tritt nicht ein, wenn bei der Anlegung des Geldes ein anderes bestimmt wurde;

γ) wenn Geld zurückgezahlt wird, das der Vormund selbst angelegt hat, es müßte denn bei der Anlegung des Geldes ein anderes bestimmt worden sein; die Befreiung des Vormundes gilt auch nicht für die Wiedererhebung von Geld, das nach § 1807 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 angelegt ist;

δ) wenn der Anspruch zu den Nutzungen des Mündelvermögens, nicht zum Stammgut gehört;

ε) wenn der Anspruch auf Erstattung von Kosten der Kündigung oder der Rechtsverfolgung oder auf sonstige Nebenleistungen gerichtet ist.

3. Soweit der Vormund zu einem Rechtsgeschäfte der Ge-

[1]) Dies gilt auch für die Pflegschaft (§ 1915).

nehmigung des Gegenvormundes bedarf, finden wie inhalts des § 1643 Abs. 3 die Vorschriften der §§ 1828 bis 1831 über die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts entsprechende Anwendung (vgl. unten b 3, 4).

b) Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (R.G. 25 S. 283, 50 S. 284; K.G. Joh. 24 S. 220).

1. Der Vormund bedarf dieser Genehmigung außer in vielen einzelnen Fällen, z. B. inhalts der §§ 1728, 1729, 1731, 1750, 1755, insbesondere

α) zu einer Verfügung (vgl. oben S. 104 u. 120) über Wertpapiere und Kostbarkeiten, solange sie nach § 1814, also kraft gesetzlicher Vorschrift, oder nach § 1818, also infolge Anordnung des Vormundschaftsgerichts, hinterlegt sind, sowie über eine Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld, wenn der bezügliche Brief hinterlegt ist;

β) zur Eingehung der obligatorischen Verpflichtung (Joh. 2 S. 99) zu einem (dinglichen) Rechtsgeschäfte der unter α erwähnten Art (1819), sowie zu einer Verfügung über die aus der Umschreibung oder Umwandlung von Inhaberpapieren des Mündels sich ergebenden Stammforderungen, wenn die Inhaberpapiere nach § 1815 auf den Namen des Mündels umgeschrieben oder in Buchforderungen umgewandelt sind, oder über eine mit dem aus § 1816 ersichtlichen Vermerke eingetragene Buchforderung (§ 1820);

γ) zu Rechtsgeschäften über Grundstücke und über Rechte an Grundstücken (§ 1821, vgl. auch §§ 1643, 1686, 1690 das.), zu welchen Rechten hier Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden nicht gehören, nämlich

$\alpha\alpha$) zur Verfügung (vgl. oben S. 104 u. 120) über ein Grundstück [1]) oder ein begrenztes Recht an einem Grundstücke, z. B. eine Grundgerechtigkeit, also zu jeder derartigen Veräußerung oder Belastung, auch zur Unterwerfung des Hypothekenschuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung betreffs der auf seinem Grundstück haftenden Hypothek (K.G. Joh. 21 S. 19), selbst wenn eine Verpflichtung des Mündels zur Verfügung, beispielsweise zu einer Veräußerung besteht;

---

[1]) Die Vereinbarung und die Art der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft bedarf, auch wenn sie das zum Gesellschaftsvermögen gehörige Grundstück berührt, der gerichtlichen Genehmigung nicht (R.G. 54 S. 281).

ββ) zur Verfügung über einen Immobiliaranspruch, nämlich über eine Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke oder auf Begründung oder Übertragung eines Rechtes an einem Grundstück oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet ist;

γγ) zur Eingehung der obligatorischen Verpflichtung zu einer der unter αα, ββ bezeichneten Verfügungen (Joh. S. 99);

δδ) zu einem auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder eines begrenzten Rechts, z. B. eines Nießbrauchs, an einem Grundstück gerichteten Vertrage;

δ) zu einem Rechtsgeschäfte, durch das der Mündel zu einer Verfügung über sein Vermögen im ganzen oder über eine ihm angefallene Erbschaft (§§ 2371 ff.) oder über seinen künftigen gesetzlichen Erbteil oder seinen künftigen Pflichtteil verpflichtet wird (vgl. § 312), sowie zu einer Verfügung über den Anteil des Mündels an einer Erbschaft;

ε) zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, zum Verzicht auf einen Pflichtteil (§ 2346 Abs. 2), sowie zu einem Erbteilungsvertrage;

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu dem von einem Pfleger für seinen Pflegebefohlenen geschlossenen Erbvergleiche, durch welchen der Pflegebefohlene verpflichtet wird, das Eigentum an einem Nachlaßgrundstück auf einen Miterben zu übertragen, ist auch als Genehmigung für die auf Grund des Vergleichs erfolgte Auflassung anzusehen, sofern nicht besondere Umstände ein anderes ergeben (K.G. Joh. 24 S. 239, R. 02 S. 319).

ζ) zu einem auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Vertrage, sowie zu einem Gesellschaftsvertrage, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird; vgl. oben § 91 II 2 ηη. Zur Erklärung des Erben gemäß § 139 H.G.B. in der Gesellschaft als Kommanditist zu verbleiben, wird der gesetzliche Vertreter der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht bedürfen;

Die einzelnen im Betrieb eines ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von dem Vormunde für den Mündel entgeltlich erworbenen Erwerbsgeschäfts mit gutgläubigen Dritten abgeschlossenen Geschäfte sind für den Mündel rechtsverbindlich.

η) zu einem Pachtvertrag über ein Landgut, nicht aber

über ein einzelnes landwirtschaftliches Grundstück, oder über einen gewerblichen Betrieb;

ϑ) zu einem Miet- oder Pachtvertrag oder einem anderen Vertrage, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, aber nur dann, wenn das Vertragsverhältnis länger als 1 Jahr nach der Vollendung des 21. Lebensjahres des Mündels fortdauern soll; unter dieser Voraussetzung werden auch die Teilzahlungen bei einem Abzahlungsgeschäfte hierunter fallen;

ι) zu einem Lehrvertrage, der für längere Zeit als 1 Jahr geschlossen wird [1]);

ϰ) zu einem auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrage, jedoch nur dann, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als 1 Jahr verpflichtet werden soll;

λ) zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels, insbesondere zu Darlehen für denselben (K.G. R. 03 S. 19), aber nicht zur Eingehung von Käufen auf Borg;

μ) zur Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff.) oder zur Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel oder einem anderen durch Indossament übertragbaren Papiere;

ν) zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere zur Eingehung einer Bürgschaft;

ο) zur Erteilung einer Prokura; vgl. noch R.G. 41 S. 266;

π) zu einem Vergleich, auch einem Prozeß- oder Zwangsvergleich oder einem Schiedsvertrage, es sei denn, daß [2]) der Gegenstand des Streits oder der Ungewißheit in Geld schätzbar ist und den Wert von 300 Mark nicht übersteigt; stellt sich aber der Vergleich als ein Rechtsgeschäft dar, das ohne Rücksicht auf die Höhe des Objekts der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, z. B. als eine Verfügung über ein Immobiliarrecht, so kommt die Ausnahmevorschrift nicht zur Anwendung;

ϱ) zu einem Rechtsgeschäft, durch das die für eine Forderung des Mündels bestehende Sicherheit aufgehoben oder gemindert oder

---

[1]) Lehrverträge, die der Provinzialverband hinsichtlich eines Zwangszöglings auf Grund des § 9 des Pr. Fürsorge-Erz.G. v. 2. 7. 00 abgeschlossen hat, unterliegen nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (K.G. R. 02 S. 613).

[2]) Den Ausnahmefall hat zu beweisen, wer aus dem nicht konsentierten Vergleich einen Anspruch geltend macht.

die Verpflichtung dazu begründet wird, z. B. zur Exnexuation, Prioritätseinräumung, auch zur Löschungsbewilligung, wenn nicht zugleich Quittung vorgelegt wird, sowie zum Verzicht auf ein Konkursprivileg (K.G. R. 01 S. 518).

2. Das Vormundschaftsgericht nimmt bezüglich der Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte des Vormundes dieselbe Stellung ein wie der Vormund bei Genehmigung eines Rechtsgeschäfts des Mündels. Es hat mithin die Genehmigung nur zu erteilen, wenn es die Überzeugung gewinnt, daß die Übernahme des Geschäfts dem Interesse des Mündels entspricht. Hierüber entscheidet allein das freie verständige Ermessen der Obervormundschaft, das durch bestimmte Direktiven einzuschränken im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse nicht angängig war. Die Obervormundschaft ist auch befugt, ihre Zustimmung von gewissen Voraussetzungen abhängig zu machen; sie kann z. B. eine bestimmte Art der Veräußerung eines Mündelgrundstücks als Bedingung setzen. Sie kann zu den im § 1822 Nr. 8 bis 10 bezeichneten Rechtsgeschäften auch eine allgemeine Ermächtigung erteilen (§ 1825). Vgl. noch § 1643 Abs. 3.

α) Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung über die zu einer Handlung des Vormunds erforderliche Genehmigung den Gegenvormund hören, sofern ein solcher vorhanden und die Anhörung tunlich ist (§ 1826).

β) Es soll aber auch vor seiner Entscheidung in den im § 1827 näher bezeichneten Fällen den Mündel selbst hören.

3. Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormunde, nicht wie nach § 182 auch dem beteiligten Dritten gegenüber erklären (§§ 1828, 1643 Abs. 3).

4. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hat denselben Charakter wie die zu einem Rechtsgeschäfte des Mündels erforderliche Genehmigung des Vormundes. Hiernach muß man wie inhalts der §§ 107 ff. (vgl. oben S. 109 ff.) unterscheiden, ob es sich um einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt (§§ 1829 bis 1831, 1643 Abs. 3).

α) Der ohne den erforderlichen Konsens des Vormundschaftsgerichts abgeschlossene Vertrag ist nicht ohne weiteres nichtig, aber in seiner Wirksamkeit bis zur nachträglichen gerichtlichen Genehmigung, an deren Stelle die des volljährig gewordenen Mündels tritt, suspendiert (vgl. auch § 184). Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, sowie

deren Verweigerung wird dem anderen Teile gegenüber erst mit der Mitteilung durch den Vormund wirksam[1]).

αα) Der andere Teil, der Mitkontrahent des Vormunds, ist an das Abkommen gebunden, bis die Verweigerung der Genehmigung oder der Rücktritt des Vormunds ihm gegenüber wirksam erfolgt. Er kann den hiernach für ihn ungewissen Schwebezustand dadurch beseitigen, daß er den Vormund zur Mitteilung darüber auffordert, ob die Genehmigung erteilt sei. Alsdann kann die Mitteilung der Genehmigung mangels abweichender Vereinbarung nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erfolgen; erfolgt sie nicht, so gilt die Genehmigung als verweigert; die vertragsmäßige Gebundenheit des anderen Teils hört auf.

Ausnahmsweise ist der andere Teil und zwar bis zur Mitteilung der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Widerrufe einseitig berechtigt, wenn der Vormund ihm gegenüber der Wahrheit zuwider die gerichtliche Genehmigung behauptet hat. Diese Widerrufsbefugnis ist aber trotzdem ausgeschlossen, wenn dem anderen Teile das Fehlen der Genehmigung bei dem Vertragsschlusse bekannt war; die Kenntnis hat zu beweisen, wer den Widerruf nicht gelten lassen will (§ 1830).

ββ) Dem Vormund steht der Rücktritt von dem Vertrage solange frei, bis dem anderen Teile seine Mitteilung von der Genehmigung zugeht.

β) Das von dem Vormunde ohne die erforderliche gerichtliche Genehmigung vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft, also z. B. eine Erbschaftsentsagung, eine Löschungsbewilligung (K.G. R. 02 S. 533), eine Kündigung, ein Widerruf, eine Genehmigung, ist unwirksam; es unterliegt nachträglicher Genehmigung nicht (R.G. 50 S. 212; K.G. Joh. 21 S. 197, 25 S. 277, R. 03 S. 209), kein Teil ist daran gebunden. Aber selbst wenn der Vormund mit gerichtlichem Konsense ein solches einseitiges Rechtsgeschäft einem anderen gegenüber vornimmt, entbehrt es unter einer doppelten Voraussetzung der Wirksamkeit, nämlich wenn der Vormund die Genehmigung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem, nicht einem sonstigen Grunde unverzüglich (§ 121) zurückweist (§ 1831). Handelt es sich um eine dem Grundbuchrichter gegen-

[1]) Mit dieser Mitteilung von der Verweigerung ist der Vertrag vollständig beseitigt (K.G. Joh. 25 S. 17, R. 03 S. 182), mit der Mitteilung von der Genehmigung wirksam und unabänderlich (K.G. Joh. 24 S. 13).

über abzugebende Eintragungsbewilligung, so genügt es, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vor dem Zeitpunkte erteilt wird, in welchem die Erklärung dem Grundbuchamte zugeht (K.G. R. 02 S. 556, Joh. 24 S. 217).

V. Haftung.

Der Vormund wie der Gegenvormund haftet für jede Fahrlässigkeit bei Verletzung der ihm in Ansehung der Sorge für das Vermögen oder für die Person des Mündels obliegenden Verpflichtungen; dessen Schadenersatzanspruch verjährt erst in 30 Jahren (§§ 195, 204), er kann schon während der Dauer der Vormundschaft gerichtlich geltend gemacht werden [1]). Die Einholung und Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wird unter Umständen das Verschulden des danach handelnden Vormunds ausschließen; ist dies aber nicht der Fall und ein Verschulden trotz des Konsenses des Gerichts anzunehmen, so tritt auch eine Befreiung von der Haftpflicht dem Mündel gegenüber nicht ein.

Sind für den Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, also z. B. mehrere Mitvormünder, denen sämtlich in Ansehung des Schaden bringenden Ereignisses ein Verschulden zur Last fällt, so haften sie als Gesamtschuldner (§§ 421 ff.). Hieraus folgt, daß sie in ihrem Verhältnis zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind (§ 426). Ausnahmsweise besteht jedoch solcher Regreßanspruch nicht, wenn neben dem Vormunde für den von diesem verursachten Schaden der Gegenvormund oder ein Mitvormund nur wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht, nicht wegen positiver Mitwirkung verantwortlich ist; der Vormund ist alsdann dem Gegen- oder Mitvormund gegenüber allein verpflichtet, obwohl dieser dem Mündel gegenüber ebenfalls solidarisch haftet (§ 1833).

Vgl. noch § 832.

VI. Vergütung.

Dem Vormund wie dem Gegenvormund steht ein Anspruch auf Vergütung für die mit der Vormundschaft verbundene Mühewaltung nicht zu; die Vormundschaft wird unentgeltlich geführt. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch den Vormund und aus besonderen Gründen auch dem Gegenvormund eine angemessene Vergütung bewilligen (K.G. Joh. 11 S. 65 ff.); die Bewilligung kann noch nach Beendigung der Vormundschaft erfolgen (K.G. Joh. 21 S. 199). Selbstverständlich

[1]) Wegen des Vorrechts im Konkurse des Vormunds vgl. § 61 Nr. 5 K.O.

kann ein solches Honorar auch von dem Erblasser des Mündels in der Form des Legats zugewendet werden.

a) Die gerichtliche Bewilligung soll nur erfolgen, wenn das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen, die Vermögensverwaltung oder die Person des Mündels betreffenden Geschäfte es rechtfertigen.

b) Die bewilligte Vergütung kann jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden; für die Vergangenheit hat der Vormund auf Grund der Bewilligung ein festes, ev. im Prozeßwege gegen den Mündel verfolgbares Recht auf die zugebilligte Vergütung.

c) Vor der Bewilligung, Änderung oder Entziehung soll der Vormund und, wenn ein Gegenvormund vorhanden oder zu bestellen ist, auch dieser gehört werden (§ 1836).

Dagegen ist der Vormund und der Gegenvormund nach Maßgabe der für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 669, 670 ohne weiteres berechtigt, wenn er zum Zwecke der Führung der Vormundschaft Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, von dem Mündel Ersatz zu beanspruchen; auch hat ihm der Mündel für die zu dem angegebenen Zwecke erforderlichen Aufwendungen Vorschuß zu leisten. Als Aufwendungen gelten auch solche Dienste des Vormunds oder Gegenvormunds, die zu seinem Gewerbe oder seinem Berufe gehören, die also einem diesem Gewerbe oder Berufe fremden Vormund von sachverständiger Seite regelmäßig nur gegen Bezahlung geleistet werden würden (§§ 1835, 1843 Abs. 2; K.G. Joh. 4 S. 81, 6 S. 44, 7 S. 46, 13 S. 80, 16 S. 40).

§ 98.

Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts
(§§ 1837 bis 1848).

I. Stellung des Vormundschaftsgerichts.

Die Obervormundschaft steht dem Staate zu und wird von den Gerichten als ein Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgeübt. Aber die gerichtliche Obervormundschaft hat im wesentlichen nur Aufsichtsbefugnisse, sie darf, von den gesetzlichen Ausnahmefällen, z. B. § 1838, 1846 abgesehen, nicht selbst handelnd in die Verwaltung des Vormunds eingreifen, sie ist auch nicht befugt, in Zweckmäßigkeitsfragen dem Vor-

munde leitende Anweisungen zu erteilen und ihn zu Handlungen zu nötigen (K.G. R. d. O.L. 7 S. 126, R. 03 S. 457); sie kann dem freien pflichtmäßigen Ermessen desselben Schranken nur insoweit setzen, als ihr ein Genehmigungs- und damit Verbietungsrecht zusteht. Selbst da, wo sie bei Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Vormündern zur Entscheidung berufen ist (§§ 1797, 1798), darf sie nur der einen oder anderen Meinung beitreten, nicht aber eine neue Ansicht aufstellen und diese den Vormündern aufdrängen.

II. Einzelne Rechte und Pflichten.

Kraft seines Aufsichtrechts (K.G. R. d. O.L. 7 S. 125) steht dem Vormundschaftsgericht eine Reihe von Befugnissen und Verpflichtungen zu[1]:

a) Das Gericht kann über die Führung der Vormundschaft und über die persönlichen Verhältnisse des Mündels von dem Vormund sowie dem Gegenvormund jederzeit Auskunft verlangen (§ 1839).

b) Es hat gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormunds und Gegenvormunds durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten (§ 1837 Abs. 1).

c) Es ist befugt, den Vormund und Gegenvormund zur Befolgung seiner Anordnungen, z. B. aus §§ 1802 Abs. 3, 1818, durch Ordnungsstrafen anzuhalten; die einzelne Strafe darf den Betrag von 300 Mark nicht übersteigen (§ 1837 Abs. 2).

d) Es hat den Vormund und Gegenvormund zu entlassen, wenn entweder die Fortführung des Amtes, insbesondere wegen seines pflichtwidrigen Verhaltens, das Interesse des Mündels gefährden würde, oder in der Person des Vormundes oder Gegenvormundes einer der im § 1781 bestimmten Gründe, z. B. Konkurs, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, vorliegt (§§ 1886, 1895).

e) Es hat die von dem Vormund über seine Vermögensverwaltung jährlich zu legende Rechnung rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen und, soweit erforderlich, ihre Berichtigung und Ergänzung herbeizuführen (§§ 1840 bis 1843).

f) Es kann aus besonderen Gründen den Vormund anhalten, für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen Sicherheit zu leisten.

[1]) Nach Beendigung der Vormundschaft (Pflegschaft) kann das Vormundschaftsgericht den Vormund (Pfleger) nicht zur Herausgabe des verwalteten Vermögens anhalten (K.G. Joh. 24 S. 23).

Das nach gem. Rechte dem Mündel an dem gesamten Vermögen des Vormunds zustehende gesetzliche Pfandrecht und die im französ. Recht dem Mündel gewährte gesetzliche Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Vormunds ist beseitigt.

1. Die Art und den Umfang der Sicherheitsleistung bestimmt das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen, wobei es § 54 R.G. F.G. zu berücksichtigen hat.

2. Es kann während der Amtsdauer des Vormunds jederzeit die Erhöhung, Minderung oder Aufhebung der Sicherheit anordnen.

3. Bei der Bestellung, Änderung oder Aufhebung der Sicherheit wird die Mitwirkung des Mündels durch die vormundschaftsgerichtliche Anordnung ersetzt und von der an sich erforderlichen Bestellung eines Pflegers abgesehen.

4. Die Kosten der Sicherheitsleistung sowie der Änderung oder Aufhebung fallen dem Mündel zur Last (§ 1844).

g) Das Gericht kann aus besonderen Gründen den Vormund von den ihm nach den §§ 1814, 1816 (Hinterlegung, Eintragung des Vermerkes ins Schuldbuch) obliegenden Verpflichtungen entbinden (§ 1817).

h) Es kann von dem zum Vormund bestellten Vater oder der zum Vormund bestellten ehelichen Mutter des Mündels bei Eingehung einer neuen Ehe die Erfüllung der im § 1669 bestimmten Verpflichtungen, insbesondere die Auseinandersetzung der in Ansehung des Mündelvermögens bestehenden Gemeinschaft mit dem Vormund verlangen, aber auch gestatten, daß diese Auseinandersetzung erst nach der Eheschließung erfolgt (§§ 1845, 1669).

i) Es kann dem Vormunde im Interesse des Mündels die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen (§ 1796).

III. Selbständige Vertretung des Vormundes.

Das Vormundschaftsgericht hat ausnahmsweise die Stellung des Vormundes anszuüben und die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln selbständig zu treffen, z. B. eine Kündigung vorzunehmen, wenn

entweder ein Vormund noch nicht bestellt,

oder der bestellte Vormund an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist (§ 1846).

Es kann in diesen Fällen auch einen Pfleger bestellen (§ 1909).

IV. Wirkung der Anordnungen gegen Dritte.

Die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts können gegen widersprechende Dritte nicht vollstreckt, sondern nur im Prozeßwege realisiert werden (R.G. 26 S. 351); sie regeln an sich nur das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel. Das Vormundschaftsgericht soll vor einer von ihm zu treffenden Entscheidung auf Antrag des Vormunds oder Gegenvormunds Verwandte oder Verschwägerte des Mündels hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann. In wichtigen Angelegenheiten, insbesondere bei der Volljährigkeitserklärung, der Ersetzung der Einwilligung zur Eheschließung im Falle des § 1304 usw. soll die Anhörung auch ohne Antrag erfolgen. Die Verwandten und Verschwägerten können von dem Mündel Ersatz ihrer Auslagen verlangen; der Betrag derselben wird von dem Vormundschaftsgericht festgesetzt (§ 1847).

V. Haftung.

Verletzt der Vormundschaftsrichter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegenden Pflichten, so ist er dem Mündel nach § 839 Abs. 1, 3 verantwortlich; er haftet mithin für Fahrlässigkeit nur subsidiär. Die Ersatzpflicht tritt aber überhaupt nicht, also auch bei Vorsatz nicht ein, wenn der Mündel bzw. sein Vertreter vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 1848).

§ 99.

Mitwirkung der Gemeinde und Familie (§§ 1849 bis 1851, 1858 bis 1881).

Auch der Gemeinde und Familie ist eine gewisse Mitwirkung bei der Führung der Obervormundschaft gesichert. Demgemäß hat das Institut des Gemeindewaisenrats[1]) und des Familienrats Aufnahme gefunden.

I. Gemeindewaisenrat.

Die Stellung des Gemeindewaisenrats ist als die eines Hilfsorgans der Obervormundschaft aufgefaßt und zwar sowohl im Verhältnisse zu demjenigen Vormundschaftsgerichte, in dessen Bezirk die betr. Gemeinde liegt, als auch im Verhältnisse zu allen Vormundschaftsgerichten,

---

[1]) Vgl. noch Art. 77 A.G.

welchen obervormundschaftliche Funktionen in Ansehung der in der Gemeinde sich aufhaltenden Mündel zustehen. Deshalb hat jedes Vormundschaftsgericht dem Gemeindewaisenrat die Anordnung der Vormundschaft über einen sich in dessen Bezirk aufhaltenden Mündel unter Bezeichnung des Vormunds und des Gegenvormunds sowie einen in der Person der Vormünder eintretenden Wechsel mitzuteilen und der Vormund ihn von der Verlegung des Aufenthalts eines Mündels in den Bezirk eines anderen Gemeindewaisenrats in Kenntnis zu setzen (§ 1851).

a) Dem Gemeindewaisenrat liegt das Vorschlagsrecht hinsichtlich der Personen ob, die sich zum Vormunde und zum Gegenvormund oder Mitglied eines Familienrats eignen (§ 1849); das Gericht ist an den Vorschlag nicht gebunden (§ 1779). Vgl. noch § 49 R.G. F.G.

b) Die Hauptaufgabe des Waisenrats besteht in der Überwachung der pflichtmäßigen Ausübung der Sorge für die Person der in seinem Bezirk sich aufhaltenden Mündel und in der Anzeige der in dieser Hinsicht, insbesondere betreffs ihrer Erziehung und körperlichen Pflege von ihm wahrgenommenen Mängel und Pflichtwidrigkeiten bei dem Vormundschaftsgerichte; er hat letzterem auch auf Erfordern über das persönliche Ergehen und das Verhalten eines Mündels Auskunft zu erteilen (§ 1850 Abs. 1; vgl. auch noch §§ 1838, 1839).

c) Die Aufsichtspflicht des Waisenrats beschränkt sich aber nicht ausschließlich auf die Überwachung der persönlichen Interessen der Mündel. Er hat auch die Amtspflicht, eine zu seiner Kenntnis gelangte Gefährdung des Vermögens eines Mündels bei dem Vormundschaftsgerichte zur Anzeige zu bringen (§ 1850 Abs. 2).

d) Der Waisenrat ist verpflichtet, wenn ein Mündel seinen Aufenthalt in den Bezirk eines anderen Gemeindewaisenrats verlegt, diesem die ihm von dem Vormunde mitgeteilte Verlegung bekannt zu geben (§ 1851 Abs. 2).

e) Die Verantwortlichkeit des Gemeindewaisenrats bestimmt sich nach den §§ 823 ff.

II. Familienrat.

Der Familie des Mündels wird ein gewisser Einfluß auf die Führung der Vormundschaft schon dadurch gesichert, daß dem Vormundschaftsgericht die gutachtliche Anhörung von Verwandten und Verschwägerten des Mündels in Gemäßheit des § 1847 zur Pflicht gemacht wird,

ohne daß jedoch die Wirksamkeit der zu treffenden Entscheidung von dieser Anhörung abhängt. Darüber hinaus ist unter gewissen Voraussetzungen die Übertragung der Obervormundschaft auf einen zu bildenden Familienrat zugelassen.

a) Die Einsetzung eines Familienrats soll von dem Vormundschaftsgericht bewirkt werden, wenn

entweder der Vater oder die eheliche Mutter des Mündels sie unbedingt oder bedingt angeordnet hat, z. B. unter der Bedingung der Fortführung eines Erwerbsgeschäfts für Rechnung des Mündels (§§ 1858 Abs. 1, 2, 1868),

oder ein Verwandter oder Verschwägerter des Mündels oder der Vormund oder Gegenvormund die Einsetzung beantragt und das Vormundschaftsgericht sie im Interesse des Mündels für angemessen erachtet. Gegenüber der obligatorischen Natur der elterlichen Anordnung ist hier dem gerichtlichen Ermessen die Beurteilung der Angemessenheit überlassen, die Einsetzung aber nicht lediglich von diesem Ermessen, sondern auch von dem weiteren Erfordernis der Zustimmung eines der genannten Beteiligten abhängig gemacht.

Die Einsetzung unterbleibt, wenn der Vater oder die eheliche Mutter sie untersagt hat (§§ 1859, 1868); sie unterbleibt aber auch trotz elterlicher Anordnung, wenn die erforderliche Zahl geeigneter Personen (§§ 1860 ff.) nicht vorhanden ist (§§ 1858 Abs. 3, 1869).

b) Die Zusammensetzung des Familienrats sowie die Berufung und Bestellung seiner Mitglieder ergibt sich aus den §§ 1860 bis 1871.

Der Einfluß und die Aufsicht des Staates, sowie eine zweckmäßige Leitung und Behandlung der Geschäfte wird dadurch gesichert, daß der Vormundschaftsrichter ipso iure dem Familienrat angehört und darin den Vorsitz führt. Eine Zwangspflicht zum Eintritt in den Familienrat besteht nicht; die Fortführung des einmal übernommenen Amts hängt aber nicht von dem bloßen Willen des Mitglieds ab (§§ 1875, 1878). Wie in Ansehung des Vormunds (§ 1790), kann die Entlassung schon bei der Bestellung für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines bestimmten Ereignisses, z. B. der Verheiratung, vorbehalten werden. Das Amt ist ein unentgeltliches Ehrenamt, das nur persönliche Ausübung gestattet (§ 1872). Lediglich Ersatz ihrer Auslagen können die Mitglieder von dem Mündel verlangen; der Betrag der Auslagen wird von dem Vorsitzenden festgesetzt (§ 1877).

c) Der Familienrat ist nicht bloßer Beirat der Obervormundschaft; er hat vielmehr selbst die Rechte und Pflichten, die Stellung des Vormundschaftsgerichts; dessen Aufgaben, z. B. inhalts der §§ 1837 ff., sind von ihm zu erfüllen; wird während der Dauer der Vormundschaft über den Mündel eine Pflegschaft erforderlich, so erstreckt sich die Fürsorge und Aufsicht des Familienrats auch auf diese Pflegschaft (§ 1915). Die Mitglieder des Familienrats sind in gleicher Weise (§ 1848) verantwortlich wie der Vormundschaftsrichter (§ 1872).

d) Für die Regelung der Geschäftsführung kommt neben der Stellung des Vormundschaftsrichters als Vorsitzenden vor allem in Betracht, daß die Mitglieder des Familienrats nicht immer anwesend sind. Hieraus folgt insbesondere:

1. Die Leitung der Geschäfte und die Einberufung des Familienrats liegt dem Vorsitzenden ob.

α) Die Einberufung hat zu erfolgen, wenn

entweder zwei Mitglieder, der Vormund oder Gegenvormund sie beantragen,

oder das Interesse des Mündels sie erfordert,

oder das Gesetz, z. B. im § 1876 sie vorschreibt;

sie kann mündlich oder schriftlich geschehen (§§ 1872, 1873).

β) Zur Beschlußfähigkeit ist die Anwesenheit des Vorsitzenden und mindestens zweier Mitglieder erforderlich. Die Beschlüsse werden nach der absoluten Mehrheit der Stimmen der Anwesenden in nicht öffentlicher Sitzung gefaßt; bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden. Schriftliche Abstimmung ist hiernach ausgeschlossen, ebenso die Vertretung durch Bevollmächtigte.

2. Der Vorsitzende entscheidet über die Ausschließung eines Mitgliedes von der Teilnahme an der Beschlußfassung des Familienrats, wenn in einer Angelegenheit das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Mitglieds in erheblichem Gegensatze steht, z. B. wenn es sich um ein Vorgehen gegen die Pflichtwidrigkeit des Gegenvormunds handelt und dieser Mitglied des Familienrats ist (§ 1874).

3. Dem Vorsitzenden steht die Auswahl eines Ersatzmitgliedes gemäß § 1864 zu.

4. Ein Mitglied des Familienrats, das ohne genügende Entschuldigung der Einberufung nicht Folge leistet oder die rechtzeitige

Anzeige seiner Verhinderung unterläßt oder sich der Teilnahme an der Beschlußfassung enthält, ist von dem Vorsitzenden in die dadurch verursachten[1]) Kosten zu verurteilen. Auch kann der Vorsitzende gegen das betreffende Mitglied eine Ordnungsstrafe bis zu 100 Mark verhängen (§ 1875).

5. Der Vorsitzende ist zu selbständigen Anordnungen an Stelle des Familienrats berechtigt und verpflichtet, wenn ein sofortiges Einschreiten nach seinem Ermessen nötig wird. Er ist auf bestimmte Arten von Verfügungen nicht beschränkt, er kann vielmehr jede Maßregel treffen, die der Familienrat selbst ergreifen könnte, z. B. auch zu einem Rechtsgeschäfte die erforderliche Genehmigung erteilen; er wird jedoch tunlichst nur provisorische Verfügungen erlassen, z. B. die Bestellung eines Vormunds oder Gegenvormunds nur mit dem Vorbehalt der Entlassung für den Fall abweichender Beschlußfassung des Familienrats vornehmen. Er hat deshalb auch den Familienrat selbst einzuberufen, ihn von den Anordnungen in Kenntnis zu setzen und einen Beschluß über die etwa weiter erforderlichen Maßregeln herbeizuführen (§ 1876).

e) Das Amt eines Mitglieds des Familienrats endigt aus denselben Gründen, aus denen nach den §§ 1885, 1886, 1889 das Amt eines Vormunds endigt, also mit dem Tode, der Todeserklärung oder Entmündigung des Mitglieds, aber auch mit seiner Entlassung. Letztere erfolgt regelmäßig durch das Vormundschaftsgericht, nur ausnahmsweise durch das diesem Gerichte vorgeordnete Gericht, wenn sie gegen den Willen des Mitglieds geschieht (§ 1878).

f) Das Vormundschaftsgericht hat den Familienrat aufzuheben:

1. wenn es an der zur Beschlußfähigkeit erforderlichen Zahl von Mitgliedern fehlt und geeignete Personen zur Ergänzung nicht vorhanden sind (§ 1879),

2. wenn der Vater oder die eheliche Mutter des Mündels die Aufhebung des von ihm bzw. von ihr angeordneten Familienrats für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines künftigen Ereignisses nach Maßgabe des § 1777 angeordnet hat und der Fall eintritt (§ 1880).

Vor der Aufhebung hat das Gericht die bisherigen Mitglieder des Familienrats, den Vormund und Gegenvormund in Kenntnis zu setzen. Letztere erhalten neue Bestallungen und haben die früheren dem Gerichte zurückzugeben (§ 1881).

---

[1]) Hier ist der bloßen Unterlassung eine Kausalität in Ansehung des Schadens zugeschrieben (R.G. 52 S. 376).

§ 100.

Befreite Vormundschaft (§§ 1852 bis 1857).

I. Gesetzliche Befreiung.

Für die Vormundschaft über Minderjährige im Gegensatz zu der Vormundschaft über Volljährige (§§ 1903, 1904) liegt kein Bedürfnis vor, dem Vater oder der Mutter oder den Großeltern in den verhältnismäßig seltenen Fällen ihrer Bestellung als Vormünder eines minderjährigen Kindes oder Enkels, z. B. nach dem Tode seiner Adoptiveltern (§§ 1757, 1765), oder gemäß §§ 1697, 1707, besondere gesetzliche Befreiungen einzuräumen; solche werden überhaupt nicht zugelassen[1]).

II. Gewillkürte Befreiung.

Dagegen ist der Privatwillkür in Ansehung der Befreiung des Vormunds und des Pflegers ein gewisser Spielraum gewährt.

a) Die Befugnis zur Anordnung derartiger Befreiungen steht zu

1. dem Vater sowie der ehelichen Mutter, aber jedem nur bezüglich des von ihm selbst benannten Vormunds, und zwar wie das Benennungsrecht als Ausfluß und Nachwirkung der elterlichen Gewalt, ohne Rücksicht darauf, ob das der Verwaltung des Vormunds unterliegende Vermögen von ihnen herrührt oder nicht (§§ 1856, 1777),

2. dem Vermögenszuwender für den von ihm benannten Pfleger (§§ 1917, 1909).

b) Die Erleichterungen für den Vormund oder Pfleger können bestehen[2])

1. in dem Ausschluß der Bestellung eines Gegenvormundes; hierdurch ist implicite zugleich angeordnet, daß der Vormund bei der Anlegung von Geld den in den §§ 1809, 1810 bestimmten Beschränkungen nicht unterliegen und zu den im § 1812 bezeichneten Rechtsgeschäften der Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts nicht bedürfen soll,

2. in einzelnen der unter 1 bezeichneten Befreiungen; darüber hinaus die sonst notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auszuschließen, ist nicht gestattet (§§ 1852, 1855),

---

[1]) Vgl. jedoch Art. 136 E.G.

[2]) Weitere Befreiungen genießen auch die unter der Herrschaft der Pr. Vorm.-Ordn. durch letztwillige Verfügung befreiten Vormünder und Pfleger nicht.

3. in der Entbindung von der Verpflichtung, Inhaber- und Ordrepapiere zu hinterlegen und den im § 1816 bezeichneten Vermerk in das Reichsschuldbuch oder das Staatsschuldbuch eintragen zu lassen. Wenn der Vormund (Pfleger) die Hinterlegung trotzdem bewirkt oder die Eintragung des Sperrvermerks veranlaßt, so finden die seine Vertretungsmacht beschränkenden Vorschriften der §§ 1819, 1820 keine Anwendung (§ 1853),

4. in der Entbindung von der Verpflichtung, während der Dauer seines Amts als Vormund (Pfleger) Rechnung zu legen. Dagegen hat der Vormund (Pfleger) in einem solchen Falle nach dem Ablaufe von je zwei Jahren eine Übersicht über den Bestand des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens dem Vormundschaftsgericht nicht bloß auf dessen Erfordern, sondern kraft Gesetzes einzureichen; das Gericht kann die Einreichungsfristen, jedoch auf höchstens fünf Jahre, verlängern. Ist ein Gegenvormund vorhanden oder zu bestellen, so hat ihm der Vormund (Pfleger) die Übersicht unter Nachweisung des Vermögensbestandes vorzulegen. Der Gegenvormund hat die Übersicht mit den Bemerkungen zu versehen, zu denen die Prüfung ihm Anlaß gibt (§ 1854),

c) Die Anordnung der Befreiungen erfolgt durch letztwillige Verfügung (§§ 1856, 1777 Abs. 3).

d) Das Vormundschaftsgericht kann über das Bestehen der betreffenden Befreiungen ein Zeugnis erteilen oder dieselben in der Bestallung erwähnen.

III. Aufhebung der Befreiung.

Die befreienden Anordnungen des Vaters oder der ehelichen Mutter, sowie des Erblassers können von dem Vormundschaftsgericht außer Kraft gesetzt werden, wenn ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde.

Hat ein Dritter bei der unentgeltlichen Zuwendung inter vivos die Anordnungen getroffen, so ist, solange er lebt, zu einer Abweichung seine Zustimmung erforderlich und genügend; ist er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt, so kann seine Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden (§§ 1857, 1917).

§ 101.

Beendigung der Vormundschaft (§§ 1882 bis 1895).

I. Ende der Vormundschaft.

Die Vormundschaft überhaupt, nicht bloß das Amt des bestellten Vormunds, hört, außer mit dem Tode und dem Eintritt der Volljährigkeit (§§ 2 ff.) des Mündels, sowie dem Erlaß des seine Todeserklärung aussprechenden Urteils (§ 1884 Abs. 2), mit dem Wegfalle der in § 1773 für die Anordnung der Vormundschaft bestimmten Voraussetzungen, aber nicht durch Verheiratung des Mündels, von selbst auf (§ 1882).

a) Die Legitimation des Mündels durch nachfolgende Ehe hat ausnahmsweise die Beendigung der Vormundschaft erst dann zur Folge, wenn

entweder die Vaterschaft des Ehemannes durch ein zwischen ihm und dem Mündel ergangenes Urteil rechtskräftig festgestellt ist,

oder die Aufhebung der Vormundschaft gemäß § 1883 von dem Vormundschaftsgericht angeordnet wird.

b) Auch die Verschollenheit des Mündels beendigt die Vormundschaft nicht ohne weiteres; die Beendigung tritt vielmehr erst mit der vormundschaftsgerichtlichen Aufhebung ein (§ 1884).

II. Ende des Amts des Vormunds.

a) Das Amt des Vormunds, aber nicht die Vormundschaft, endigt, und zwar

1. ipso iure (§§ 1885, 1895),

α) mit dem Tode des Vormunds; dessen Erbe hat dem Vormundschaftsgericht hiervon unverzüglich (§ 121) Anzeige zu machen (§§ 1894, 1895),

β) mit der Erlassung des die Todeserklärung des Vormunds aussprechenden Urteils,

γ) mit seiner Entmündigung;

2. mit der Entlassung durch das Vormundschaftsgericht (§§ 1886 bis 1889, 1895). Diese hat zu erfolgen

α) von Amts wegen

$\alpha\alpha$) wenn die Fortführung des Amtes, insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormunds, das Interesse des Mündels gefährden würde,

$\beta\beta$) wenn in der Person des Vormunds einer der im § 1781 bestimmten Gründe, z. B. Minderjährigkeit, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, vorliegt,

$\gamma\gamma$) wenn der Ehemann einer zum Vormunde bestellten verheirateten Frau seine Zustimmung zur Übernahme oder zur Fortführung der Vormundschaft versagt oder die Zustimmung widerruft; die Entlassung findet nicht statt, wenn der Mann der Vater des Mündels ist,

$\delta\delta$) wenn in Ansehung eines zum Vormund bestellten Beamten oder Religionsdieners die Erlaubnis, die nach den Landesgesetzen zur Übernahme der Vormundschaft oder zur Fortführung der vor dem Eintritt in das Amts- oder Dienstverhältnis übernommenen Vormundschaft erforderlich ist, versagt oder zurückgenommen wird, oder wenn die nach den Landesgesetzen zulässige Untersagung der Fortführung der Vormundschaft erfolgt,

$\varepsilon\varepsilon$) wenn im Falle des § 1787 Abs. 2 die von dem Vormundschaftsgericht für unbegründet erachtete Ablehnung der Vormundschaft in höherer Instanz für begründet erklärt wird,

$\zeta\zeta$) wenn der nach § 1776 zum Vormund Berufene nach dem Wegfall eines vorübergehenden Übernahmehindernisses auf seinen Antrag an Stelle des bisherigen Vormunds treten soll (§ 1778 Abs. 2),

$\eta\eta$) wenn die Bestellung unter Vorbehalt, z. B. späterer Verheiratung erfolgt ist, mit dem Eintritt oder Nichteintritt des künftigen Ereignisses (§ 1790);

β) auf Antrag des Vormunds, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher ist insbesondere der Eintritt eines Umstandes, der den Vormund nach § 1786 Abs. 1 Nr. 2 bis 7 zur Ablehnung der Vormundschaftsübernahme berechtigen würde.

Außerdem ist dem Vormundschaftsgerichte für den Fall der Eheschließung einer zum Vormund bestellten Frau die Befugnis zu ihrer Entlassung eingeräumt.

b) Die Vorschriften über die Beendigung des vormundschaftlichen Amts (II a) finden auch auf den Gegenvormund entsprechende Anwendung (§ 1895).

III. Wirkung der Beendigung.

Die Beendigung der Vormundschaft oder des vormundschaftlichen Amts zieht eine Reihe von Rechtswirkungen nach sich.

a) Der Vormund hat nach Beendigung seines Amtes dem Mündel bzw. dessen Erben oder Vertreter das verwaltete Vermögen alsbald (modicum tempus), nicht erst nach Ablegung der Rechenschaft, herauszugeben (§ 1890); er ist auch auf Verlangen in Gemäßheit der §§ 260, 261 zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet. Die Herausgabe des Vermögens kann nur im Prozeßwege erzwungen werden (K.G. R. 02 S. 320). Der Empfangsberechtigte hat gegen Ausantwortung des Vermögens auf Verlangen Quittung zu erteilen (§§ 368, 369).

b) Der Vormund ist auch zur Rechenschaftsablegung und zwar über seine Verwaltung während der ganzen Dauer seines Amts, nicht bloß der letzten Rechnungsperiode, verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht als eine privatrechtliche dem Mündel bzw. dessen Vertreter oder Erben gegenüber. Soweit jedoch der Vormund dem Vormundschaftsgerichte Rechnung gelegt hat (§ 1840), genügt die Bezugnahme auf diese Rechnung (§ 1890), ohne daß dem Rechte des Mündels, gegen letztere Ausstellungen zu erheben, dadurch präjudiziert wird, daß sie von dem Vormundschaftsgerichte selbst nicht beanstandet wurde. Die Pflicht zur Rechnungslegung, welche alsbald (modicum tempus) nach Beendigung der Vormundschaft zu erfüllen ist, geht naturgemäß auf die Erben des Vormunds, nicht aber auf dessen Konkursverwalter über. Eine Befreiung von dieser Pflicht durch letztwillige Anordnung der Eltern oder des Vermögenszuwenders des Mündels ist im Einklang mit dem gem. Recht nicht zugelassen. Dagegen versteht es sich von selbst, daß nach Beendigung der Vormundschaft auf die Rechnungslegung wirksam verzichtet werden kann. Der frühere Mündel kann dem Vormund außergerichtlich die Rechenschaftsablage erlassen oder Quittung zu dessen Entlastung erteilen[1]).

1. Die Schlußrechnung ist beim Vorhandensein eines Gegenvormunds diesem vorzulegen, die Vorlegung erfolgt abweichend von § 1842 (Jahresrechnung) ohne Nachweisung des Vermögensbestandes.

---

[1]) Ein lediglich dem Vormundschaftsgericht gegenüber erklärter Verzicht auf Rechenschaftsablage ist dem Vormund gegenüber nicht wirksam und hindert den Mündel nicht, das gerichtliche Verfahren gemäß §§ 1890, 1892 zu betreiben (K.G. Joh. 23 S. 12).

Der Gegenvormund hat die Rechnung mit den Bemerkungen zu versehen, zu denen die Prüfung ihm Anlaß gibt (§ 1891).

2. Demnächst hat der Vormund bzw. dessen Vertreter oder Erbe die Rechnung dem Vormundschaftsgericht einzureichen, welches nunmehr trotz Beendigung der Vormundschaft von Amts wegen tätig wird, um die Auseinandersetzung zwischen Vormund und Mündel herbeizuführen. Zu diesem Zwecke hat es auch eine rechnungsmäßige und sachliche Prüfung der Rechnung vorzunehmen und deren Abnahme durch mündliche oder schriftliche Verhandlung mit den Beteiligten unter Zuziehung des Gegenvormunds zu vermitteln. Zwangsmittel stehen hierbei dem Gericht weder gegen den Vormund noch gegen den Mündel zu Gebote.

α) Soweit die Rechnung als richtig anerkannt wird, hat das Vormundschaftsgericht das Anerkenntnis zu beurkunden (§ 1892).

β) Verweigert der Mündel die Anerkennung der Rechnung, so wird dem Vormund insoweit die Feststellungsklage aus § 256 C.P.O. zustehen. Einen Anspruch gegen den Mündel, daß dieser im Wege eines negativen Anerkennungsvertrags (§ 397) die Richtigkeit der geführten Vormundschaft, insbesondere der Rechnung anerkenne und Entlastung erteile, gibt es nicht.

γ) Soweit einzelne Ansprüche zwischen Vormund und Mündel streitig bleiben, z. B. die Berechtigung eines Ausgabepostens, kann ihre Erledigung ebenfalls nur im Rechtswege erfolgen. Auch über die Frage der Aufhebung und Rückgabe einer seitens des Vormundes geleisteten Sicherheit kann im Streitfalle nur das Prozeßgericht entscheiden.

δ) Der mündliche Vorbehalt wegen einzelner Ausstellungen neben der schriftlichen Anerkennung der Rechnung entbehrt der Wirksamkeit nicht.

c) Der Gegenvormund hat über die Führung der Vormundschaft und, soweit er dazu imstande ist, über das von dem Vormunde verwaltete Vermögen auf Verlangen Auskunft zu erteilen (§ 1891 Abs. 2). Diese Verpflichtung besteht dem Mündel gegenüber; sie kann ev. im Wege der Klage erzwungen werden.

d) Grundsätzlich hört die Berechtigung und Verpflichtung des Vormunds und Gegenvormunds zur Besorgung der vormundschaftlichen Geschäfte auf; deshalb hat auch die Rückgabe der Bestallung an das Gericht zu erfolgen (§§ 1893 Abs. 2, 1895).

Ausnahmsweise bleibt jedoch der Vormund zur Fortführung der mit der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte berechtigt, bis er von der Beendigung seines Amts Kenntnis erlangt oder sie kennen muß. Ein bösgläubiger oder grob fahrlässiger Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen. Endigt die vormundschaftliche Gewalt des Vormundes oder Gegenvormundes infolge des Todes des Kindes, so ist der Vormund oder Gegenvormund zur Besorgung der unaufschiebbaren Geschäfte, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann, sogar verpflichtet (§§ 1893, 1895).

Zweiter Abschnitt: Vormundschaft über Volljährige.

§ 102.

Dauernde und vorläufige Vormundschaft (§§ 1896 bis 1908).

I. Begriff.

Zwei Arten einer Vormundschaft über Volljährige sind zu unterscheiden, die dauernde und die vorläufige (§§ 1896 ff., 1906 ff.); doch gelten grundsätzlich die für erstere gegebenen Vorschriften auch für die letztere (R.G. 9 S. 184).

a) Die dauernde Vormundschaft setzt die Entmündigung des Volljährigen voraus (§§ 645 ff. C.P.O.); auf den Grund der Entmündigung, ob sie wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder Trunksucht stattfand (§ 6), kommt es hierbei nicht an, da sie die Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 3), zum mindesten aber eine beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 114) des Volljährigen zur Folge hat, dieser also des allgemeinen vormundschaftlichen Schutzes ebenso wie der Minderjährige bedarf (§ 1896).

b) Die vorläufige Vormundschaft kann nur über einen Volljährigen verhängt werden, dessen Entmündigung bereits beantragt ist (§ 1906); auf den materiellen Grund des Antrags, ob also die Entmündigung wegen Verschwendung oder Geisteskrankheit, Trunksucht oder Geistesschwäche erfolgen soll, wird auch hier kein entscheidendes Gewicht gelegt. Dagegen hat die Anordnung, welche die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Volljährigen hervorruft (§ 114), nur zu geschehen, wenn das Vormundschaftsgericht sie zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen für

erforderlich erachtet (§ 1906); es wird von seiner Befugnis nur mit Vorsicht Gebrauch machen dürfen. Vgl. noch § 52 R.G. F.G.

c) Soweit ein Volljähriger schon vor der Stellung des Entmündigungsantrags des vormundschaftlichen Schutzes bedürfen sollte, wird eine Pflegschaft gemäß § 1910 anzuordnen sein, die eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nicht zur Folge hat.

II. Wirkung.

Auf die Vormundschaft über einen Volljährigen finden die für die Vormundschaft über einen Minderjährigen geltenden Vorschriften Anwendung (§ 1897). Hiernach wird also erstere grundsätzlich wie die letztere behandelt, insbesondere dem Vormund eines Volljährigen im Prinzipe sowohl in Ansehung der Sorge für die Person als in Ansehung der Sorge für das Vermögen einschließlich der Vertretungsmacht die rechtliche Stellung des Vormunds eines Minderjährigen eingeräumt.

Einzelne Abweichungen verdienen Hervorhebung:

a) hinsichtlich der Anordnung der Vormundschaft.

1. Das elterliche Benennungs- und Ausschließungsrecht bezüglich der Person des Vormunds, welches sich inhalts der §§ 1777, 1782 als Ausfluß der elterlichen Gewalt erweist, findet hier nicht statt (§ 1898).

2. Vor den Großvätern (§ 1776) ist in erster Linie der Vater und sodann die eheliche Mutter des Mündels als Vormund berufen, da ihnen hier die elterliche Gewalt nicht zusteht. Die Eltern sind aber trotzdem nicht berufen, so daß ihnen ein Anrecht auf die Übertragung der Vormundschaft nicht gebührt, wenn der Mündel von einem anderen als dem Ehegatten seines Vaters oder seiner Mutter an Kindesstatt angenommen ist. Stammt der Mündel aus einer nichtigen Ehe, so ist der Vater im Falle des § 1701, die Mutter im Falle des § 1702 nicht berufen (§ 1899).

Für die vorläufige Vormundschaft gelten die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft (§§ 1776 ff.) überhaupt nicht (§ 1907).

3. Eine Ehefrau darf, und zwar abweichend von § 1783, zum Vormund ihres Mannes auch ohne dessen Zustimmung bestellt werden.

4. Eine Übergehung der berufenen Vormünder ist in gewissen Fällen zulässig (§ 1900),

b) rücksichtlich der Führung der Vormundschaft.

1. Der Vormund hat abweichend von §§ 1793, 1800 für die Person des Mündels nur insoweit zu sorgen, als der Zweck der Vormundschaft es erfordert; mithin wird ihm regelmäßig keine Erziehungs- und Zuchtgewalt mehr zustehen. Die Sorge des Vormunds für die Person einer volljährigen Ehefrau beschränkt sich aber nicht bloß auf die Vertretung in der die Person betreffenden Angelegenheiten, erstreckt sich vielmehr unbeschadet der für den Ehemann aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringenden Rechte auch auf die tatsächlichen persönlichen Verhältnisse (§ 1901).

2. Der Vormund kann eine Ausstattung aus dem Vermögen des Mündels, z. B. des von ihm bevormundeten Vaters oder der Mutter einer sich verheiratenden Tochter trotz §§ 1620, 1624 nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung versprechen oder gewähren (§ 1902 Abs. 1).

3. Zu einem Miet- oder Pachtvertrage, sowie zu einem anderen den Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtenden Vertrage bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, abweichend von § 1822 Nr. 5, wenn das Vertragsverhältnis länger als vier Jahre dauern soll, stets aber wie nach § 1822 Nr. 4 zu einem Pachtvertrag über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb,

c) rücksichtlich der befreiten Vormundschaft.

1. Wird der Vater oder die eheliche Mutter des Mündels zum Vormund bestellt, so treten für sie gesetzliche Befreiungen ein.

α) Die Bestellung eines Gegenvormunds unterbleibt alsdann. Der Mutter ist jedoch ein Gegenvormund zu bestellen,

entweder wenn sie die Bestellung beantragt,

oder wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ihr nach § 1687 Nr. 3 ein Beistand zu bestellen sein würde.

β) Den Eltern stehen ipso iure die Befreiungen zu, die nach den die Vormundschaft über Minderjährige betreffenden §§ 1852 bis 1854 angeordnet werden können; die im § 1852 cit. bezeichneten Befreiungen stehen jedoch der Mutter bei Bestellung eines Gegenvormunds (α) nicht zu. Das Vormundschaftsgericht kann die Befreiungen der Eltern überhaupt außer Kraft setzen, wenn sie das Interesse des Mündels gefährden.

2. Vater und Mutter genießen die gesetzlichen Befreiungen (α und β) ausnahmsweise **nicht**, wenn sie auch im Falle der Minderjährigkeit des Mündels zur Vermögensverwaltung nicht berechtigt sein würden (§§ 1903, 1904), z. B. wegen Konkurses (§§ 1647, 1686); ereignen sich die Tatsachen, welche solche Nichtberechtigung zur Folge haben würden, erst nachträglich, während der Vormundschaft, so fallen die Befreiungen von dem Eintritt des Ereignisses ab ipso iure fort,

d) in bezug auf den **Familienrat**.

1. Ein **Familienrat** kann nur nach § 1859 Abs. 1 (bei Antrag und gerichtlichem Ermessen) eingesetzt werden.

2. Der Vater und die Mutter des Mündels sind nicht berechtigt, Anordnungen über die Einsetzung und Aufhebung eines Familienrats oder über die Mitgliedschaft zu treffen (§ 1905),

e) in Ansehung der **Beendigung**.

1. Die vorläufige Vormundschaft **endigt** von selbst

α) mit der Rücknahme oder rechtskräftigen Abweisung des Antrags auf Entmündigung (vgl. noch § 115 Abs. 2),

β) mit der Bestellung eines Vormunds auf Grund der tatsächlich erfolgten Entmündigung.

2. Sie ist von dem Vormundschaftsgericht **aufzuheben**, wenn der Mündel des vorläufigen vormundschaftlichen Schutzes nicht mehr bedürftig ist (§ 1908). Die Aufhebungsverfügung tritt mit der Bekanntmachung an den Mündel in Wirksamkeit (K.G. Joh. 25 S. 188)[1].

Dritter Abschnitt: Pflegschaft.

§ 103.

Anordnung und Wirkung (§§ 1909 bis 1921)[2].

I. Begriff und Arten.

Während in den Fällen der Vormundschaft das Bedürfnis einer **allgemeinen** Fürsorge sowohl für die Person als das Vermögen des Mündels vorliegt, umfaßt die Pflegschaft diejenigen Fälle, in denen ein

[1] Vgl. § 52 R.G. F.G.

[2] Vgl. noch §§ 35 bis 61, 75 ff. R.G. F.G.

vormundschaftlicher Schutz nur für besondere Angelegenheiten angezeigt ist; vgl. jedoch § 1910 Abs. 1.

Unter den Pflegschaften sind zwei Kategorien zu unterscheiden.

Die erste Kategorie betrifft diejenigen Fälle, in welchen der Rechtsgrund einer Vormundschaft oder der elterlichen Gewalt zugleich den Rechtsgrund der Pflegschaft bildet und solche nur um deswillen eintritt, weil die vormundschaftliche oder elterliche Fürsorge aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht stattfinden kann (§ 1909). Die zweite Kategorie begreift außer der im Erbrecht geregelten Nachlaßpflegschaft (§§ 1960 ff.) und Nachlaßverwaltung (§§ 1975 ff.) noch eine Reihe einzelner Fälle, in welchen es zwar an einem Rechtsgrunde zur Einleitung einer Vormundschaft fehlt, gleichwohl unter bestimmt bezeichneten gesetzlichen Voraussetzungen eine selbständige Pflegschaft durch ein Schutzbedürfnis geboten erscheint (§§ 1910 ff.).

Reicht eine angeordnete Pflegschaft unter besonderen Verhältnissen wegen Behinderung des Pflegers aus einem tatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht aus, so gibt die Anordnung der Pflegschaft die rechtliche Möglichkeit für die Einleitung einer noch spezielleren Pflegschaft (§§ 1909, 1915).

Dagegen ist eine Generalklausel nicht aufgenommen, dem Vormundschaftsgericht mithin die Ermächtigung, in allen Fällen eines nach seinem Ermessen vorhandenen tatsächlichen Schutzbedürfnisses eine Pflegschaft anzuordnen, in Übereinstimmung mit dem gem. Recht versagt. Der Prozeßrichter ist aber zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung nicht befugt (R.G. R. 03 S. 432).

a) Die erste Kategorie von Pflegschaften.

1. Wer unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, also nicht bloß ein Minderjähriger, sondern auch ein Volljähriger nach §§ 1896 ff., erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber oder der Vormund verhindert ist, z. B. bei einem Widerstreit erheblicher Interessen mehrerer Mündel desselben Vormunds[1]), vgl. auch § 1796, einen Pfleger. Er erhält insbesondere einen Pfleger zur Verwaltung des von Todes wegen oder von einem

[1]) Minderjährige Geschwister können einen Erbauseinandersetzungsvertrag miteinander nur abschließen, wenn jeder von ihnen einen besonderen Vertreter hat (R.G. Joh. 22 S. 34 ff., S. 101 ff.).

Dritten unter Lebenden unentgeltlich zugewendeten Vermögens (§§ 1639, 1803), wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, deren materielle und formelle Gültigkeit vorausgesetzt (K.G. R. 01 S. 539 und Joh. 22 S. 25), der Dritte bei der Zuwendung ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hat, daß dem Gewalthaber oder dem Vormunde die Verwaltung nicht zustehen soll. Für einen wegen kollidierender Interessen behinderten Testamentsvollstrecker kann kein Pfleger bestellt werden; in einem solchen Falle müssen die Erben die Nachlaßauseinandersetzung selbst vornehmen und Streitigkeiten auf dem Prozeßwege austragen (K.G. D. J.Z. 02 S. 558, R. 02 S. 613, 03 S. 125), (§ 1909 Abs. 1).

Beim Eintritt des Bedürfnisses einer Pflegschaft hat der Gewalthaber oder Vormund dem Vormundschaftsgericht unverzüglich (§ 121) Anzeige zu machen.

2. Die Pflegschaft ist auch dann anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft vorliegen, ein Vormund aber noch nicht bestellt ist, z. B. weil der sofortigen Bestellung Hindernisse entgegenstehen, während eine bestimmte Angelegenheit des Mündels, z. B. eine Kündigung, ein Widerruf, eine Anfechtung schleuniger Erledigung bedarf (§ 1909 Abs. 3).

b) Die zweite Kategorie von Pflegschaften.

1. Pflegschaft wegen Gebrechlichkeit.

α) Ein nicht unter Vormundschaft stehender Volljähriger kann einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen, also für seine gesamten persönlichen und Vermögensangelegenheiten erhalten, wenn er infolge körperlicher, nicht geistiger, wie auch gearteter Gebrechen, insbesondere weil er taub, blind oder stumm ist, seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag (§ 1910 Abs. 1). Er bleibt aber trotz der Bestellung des Pflegers an sich geschäftsfähig (R.G. 52 S. 243; K.G. R. d. O.L. 7 S. 127, R. 03 S. 457).

β) Vermag ein nicht unter Vormundschaft stehender Volljähriger infolge geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten, insbesondere seine Vermögensangelegenheiten nicht zu besorgen, so kann er für diese Angelegenheiten einen Pfleger erhalten (§ 1910 Abs. 2), z. B. auch ein Geisteskranker oder Geistesschwacher insbesondere dann, wenn ein Entmündigungsantrag gar nicht gestellt ist (R.G. 52 S. 244, J.W. Beil. 02 S. 274, R. 03 S. 19), überhaupt allgemein, wenn

das praktische Bedürfnis im konkreten Falle nur eine beschränkte Vertretung verlangt (K.G. Joh. 23 S. 17).

In beiden Fällen wird die Einwilligung des schutzbedürftigen Gebrechlichen erfordert (vgl. auch § 1920), ohne daß jedoch die Gültigkeit der Bestellung des Pflegers davon abhängt. Die Einwilligung des Gebrechlichen ist nicht erforderlich, wenn eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist (§ 1910 Abs. 3).

Eine Beistandschaft für Gebrechliche kommt nicht mehr in Frage.

2. Abwesenheitspflegschaft (§ 1911) [1].

Ein Abwesenheitspfleger wird bestellt, wenn

entweder der Aufenthalt eines volljährigen Abwesenden unbekannt ist,

oder sein Aufenthalt zwar bekannt, der Abwesende aber an der Rückkehr und der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert ist.

Die Abwesenheitspflegschaft wird als eine Personal-, nicht Realkuratel für den von seinem Wohnsitz (§ 7) Abwesenden behandelt, sie erstreckt sich aber nicht auf die Fürsorge für die persönlichen Angelegenheiten, so daß der Pfleger des abwesenden Ehemannes zur Illegitimitätsklage (§ 1593) nicht befugt erscheint (Ob.Trib. 8 S. 321), sondern beschränkt sich auf die vermögensrechtlichen Interessen des Abwesenden, auf diese aber auch nur, soweit sie der Fürsorge bedürfen; unerheblich ist es, ob der Abwesende Vermögen zurückließ oder nicht. Ein solches Schutzbedürfnis liegt regelmäßig nicht vor, wenn und soweit der Abwesende durch Erteilung eines Auftrags oder einer Vollmacht für ordnungsmäßige Erledigung seiner Vermögensangelegenheiten Sorge getragen hat; die Bestellung des Pflegers ist jedoch trotzdem geboten, wenn Umstände eingetreten sind, die zum Widerruf des Auftrags oder der Vollmacht Anlaß geben. Die Einleitung der Abwesenheitspflegschaft macht den Abwesenden nicht ohne weiteres prozeßunfähig. Er gilt nur dann als prozeßunfähig (§ 53 C.P.O.), wenn der Pfleger den Rechtsstreit für ihn führt (R.G. 52 S. 223, R. 03 S. 155).

Erweist sich die Vertretung eines abwesenden Pfleglings in einer Angelegenheit als erforderlich, die nicht dem vermögensrechtlichen Gebiete angehört, so wird ein besonderer Pfleger (R.G. 30 S. 228) nach Maßgabe der §§ 1909, 1915 zu bestellen sein.

---

[1]) Vgl. § 88 R.G. F.G.

3. Pflegschaft für eine Leibesfrucht.

Bei dieser Kuratel handelt es sich nur um den Schutz der künftigen Rechte einer ehelichen oder unehelichen Leibesfrucht. Das Vormundschaftsgericht hat die Pflegschaft nicht schlechthin, sondern nur im Falle eines vorhandenen Bedürfnisses anzuordnen (K. G. Joh. 22 S. 30 ff.). Solches Bedürfnis liegt nicht vor, vielmehr steht die Fürsorge dem Vater oder der Mutter zu, wenn das Kind, falls es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stehen würde (§ 1912).

4. Pflegschaft für unbekannte Beteiligte.

Ist unbekannt oder ungewiß, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist, so kann dem Beteiligten für diese Angelegenheit, aber nur soweit eine faktische oder rechtliche Fürsorge für die Interessen der unbekannten oder ungewissen Beteiligten nach dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, also nicht im bloßen Interesse eines Gegenkontrahenten oder Mitberechtigten (K. G. R. 01 S. 312, 03 S. 19), ein Pfleger bestellt werden. Insbesondere ist das Gericht befugt (K. G. Joh. 4 S. 96), einem Nacherben, der noch nicht erzeugt ist oder dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, für die Zeit bis zum Eintritte der Nacherbefolge oder einem noch nicht empfangenen Legatar (§§ 2162 Abs. 2, 2178) einen Pfleger zu bestellen (§ 1913). Dagegen erscheint es unzulässig, einer künftigen Deszendenz lediglich um deswillen einen Pfleger zu bestellen, damit ihr ein Grundstück übereignet werden kann, soweit nicht die Wahrung gesetzlich anerkannter künftiger Rechte in Frage steht.

5. Vermögenskuratel.

Ist durch öffentliche Sammlung Vermögen für einen vorübergehenden Zweck zusammengebracht worden, so kann zum Zwecke der Verwaltung und Verwendung des Vermögens ein Pfleger bestellt werden, — der einzige Fall der Realkuratel — wenn die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind (§ 1914).

II. Wirkung.

Die Pflegschaft ist ihrem Wesen nach der Vormundschaft aufs engste verwandt. Deshalb finden auf die Pflegschaft die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[1]. Hier-

[1] Deshalb ist der zur Vertretung einer geisteskranken, nicht entmündigten Person in ihren persönlichen Angelegenheiten bestellte Pfleger auch zur Führung eines Ehescheidungsprozesses für sie befugt (R.G. 30 S. 188, J.W. Beil. 03 S. 64).

nach hat der Pfleger die Stellung eines Vormunds, eines gesetzlichen Vertreters des Pflegebefohlenen; dessen Geschäftsfähigkeit wird aber durch die Anordnung einer Pflegschaft überhaupt nicht betroffen (§§ 104 ff., 114)[1]; soweit zwischen der Vormundschaft über Minderjährige und der über Volljährige eine Verschiedenheit obwaltet, entscheidet in Ansehung der Pflegschaft ebenfalls der Umstand, ob sie für einen Minderjährigen oder einen Volljährigen geführt wird. Die Lösung einer Kollision zwischen Handlungen des Pflegers und des geschäftsfähigen Pfleglings geschieht nach allgemeinen Grundsätzen. Die gesetzlichen Besonderheiten der Pflegschaft sind folgende:

a) Die Bestellung eines Gegenvormundes ist nicht erforderlich (§ 1915 Abs. 2). Ist ein Gegenvormund nicht vorhanden, so bedarf es zu den Rechtsgeschäften des § 1812 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (K.G. Joh. 24 S. 30).

b) Für eine Pflegschaft der ersten Kategorie (§ 1909) gelten die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft nicht[2] (§ 1916). Wird die Anordnung einer solchen Pflegschaft infolge Bestimmung des Erblassers oder Vermögenszuwenders erforderlich, so ist unter entsprechender Anwendung des § 1778 der von dem Erblasser durch letztwillige Verfügung oder von dem Dritten bei der Zuwendung Benannte als Pfleger berufen.

1. Für den benannten Pfleger kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung die in den §§ 1852 bis 1854 bezeichneten Befreiungen anordnen, das Vormundschaftsgericht aber diese Anordnungen außer Kraft setzen, wenn sie das Interesse des Pflegebefohlenen gefährden.

2. Zu einer Abweichung von den Anordnungen des Dritten ist, solange er lebt, seine Zustimmung erforderlich und genügend. Die Zustimmung des Dritten kann durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Dritte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§ 1917).

c) Die Pflegschaft für eine unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehende Person endigt ipso iure mit der Beendigung der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft, die für eine Leibesfrucht mit der

---

[1]) Vgl. jedoch §§ 53, 473 C.P.O.

[2]) Für die Auswahl des Pflegers ist das Mündelinteresse maßgebend (K.G. D. J.Z. 03 S. 224).

Geburt des Kindes, die zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit mit deren Erledigung, die eines Abwesenden mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils (§§ 1918, 1921 Abs. 3), im Falle seines Todes aber erst mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht.

Aufzuheben ist die Pflegschaft, wenn der Grund für ihre Anordnung weggefallen ist.

Die Aufhebung der Pflegschaft für einen Gebrechlichen (§ 1910) erfolgt aber auch auf den bloßen Antrag des Pflegebefohlenen, die der Pflegschaft für einen Abwesenden, wenn der Abwesende an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten nicht mehr verhindert ist, beim Tode des Abwesenden, wenn der Tod dem Vormundschaftsgericht bekannt wird (§ 1921).

Fünftes Buch.
Erbrecht.

Erster Abschnitt: Erbfolge.

§ 104.
Die Berufung zur Erbschaft (§§ 1922 bis 1941)[1].

I. Begriff.

Die Erbrechtsnormen befassen sich mit der Sukzession in das Vermögen eines Verstorbenen. Während das röm. Recht die testamentarische Erbfolge als die erste und allein entscheidende erachtete, entzog das einheimische deutsche Recht die Nachfolge dem letzten Willen des Erblassers ganz und gewährte mit seinem Tode seinen Blutsverwandten ein eigenes Recht auf sein Vermögen. In Zukunft werden Gesetz und Verfügung von Todes wegen, der in einem Rechtssatz verkörperte allgemeine Wille neben dem individuellen Willen des Erblassers als Berufungs (Delations) gründe gleichermaßen anerkannt. Deshalb findet die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest keine Anwendung (St. A. 31 S. 204) mehr (§ 2088).

Die Verfügung von Todes wegen kann entweder eine einseitige (Testament, letztwillige Verfügung) oder eine den verfügenden bindende vertragsmäßige (Erbvertrag) sein (§§ 1937, 1941). Vgl. noch § 2301 (Schenkung von Todes wegen).

II. Erbschaftserwerb.

Das ganze Recht des Erblassers geht mit seinem Tode (Erbfall) als universum ius auf den Erben über, dieser erwirbt das Vermögen

---

[1]) Vgl. Art. 25, 26, 213 ff. E.G.

des Erblassers, die Erbschaft, als Ganzes, als eine Einheit; in den Nachlaß findet eine Universalsukzession statt. Deshalb tritt der Erbe ohne weiteres, ohne besonderen Akt, ipso iure in sämtliche Rechtsverhältnisse des Verstorbenen ein, auch in den Besitz (§ 857); die höchstpersönlichen Rechte scheiden selbstverständlich aus. Ebenso wird grundsätzlich infolge des Erbfalls das Erlöschen der Rechtsverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung herbeigeführt (vgl. §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2036, 2377).

Der Erwerb der Erbschaft hängt trotzdem nicht von dem Willen des Erben ab, tritt vielmehr mit dem Erbfall von selbst ein; der Tote erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif, Delation und Akquisition werden nicht unterschieden. Dem Erben steht jedoch das Recht zu, die Erbschaft auszuschlagen (§ 1942). Auch beschränkt sich, wenn er von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht, seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten regelmäßig auf den Nachlaß. — Die Erbschaft als Ganzes kann auch auf mehrere Personen (Miterben) übergehen (§§ 2023 ff.). Auf den Anteil eines Miterben (Erbteil) finden die auf die Erbschaft sich beziehenden Vorschriften Anwendung (§ 1922); doch ist über einen Erbteil ein Konkursverfahren nicht statthaft (§ 235 K.O.). Dem Universalfideikommiß ist der rechtliche Charakter einer Nacherbschaft beigelegt (§§ 2100 ff.).

a) Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Doch gilt der nasciturus als vor dem Erbfalle geboren, seine Erbrechtsfähigkeit wird somit auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückbezogen (§ 1923)[1].

b) Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen oder durch Vertrag einen Erben einsetzen (§§ 1937, 1941).

c) Als Vertragserbe kann sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter berufen werden (§ 1941 Abs. 2).

Die Erbeseinsetzung bedeutet also die Berufung einer Person oder mehrerer zur Nachfolge in das ganze Vermögen des Erblassers oder in eine Quote dieses Vermögens, sei es durch Testament oder durch Erbvertrag.

Der Erblasser ist aber auch befugt, einseitig durch Testament, ohne

[1]) Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist (§ 2101); vgl. § 2162 (Vermächtnis).

einen Erben einzusetzen, einen Verwandten oder den Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen (§ 1938). Vgl. noch §§ 2346 ff. (vertragsmäßiger Erbverzicht).

III. Vermächtnis und Auflage.

Ein Vermächtnis liegt vor, wenn der Erblasser durch Testament oder Erbvertrag einem anderen, insbesondere auch dem Mitkontrahenten des Erbvertrags, ohne ihn als Erben einzusetzen, ohne ihn also zur Universalsukzession zu berufen, einen Vermögensvorteil zuwendet (§ 1932), so daß der Bedachte einen selbständigen Anspruch auf das Zugewendete erhält (§§ 2147 ff.); der Anfall des Vermächtnisses bestimmt sich nach den §§ 2176 ff.

Verpflichtet dagegen der Erblasser durch Testament oder Erbvertrag den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung, ohne einem andern ein Recht auf die Leistung zuzuwenden, so ist eine Auflage anzunehmen; dem durch eine solche Begünstigten wird — hierin liegt der charakteristische Unterschied von dem Legat — ein Gläubigerrecht nicht gewährt (§ 1940); aber die Erzwingbarkeit der Vollziehung einer Auflage ist dadurch nicht ausgeschlossen (§ 2194).

IV. Gesetzliche Erbfolgeordnung.

In dem gem. Recht bestimmt sich die gesetzliche Erbfolgeordnung nach der Nähe der Verwandtschaft mit dem Erblasser, und diese im allgemeinen nach der Zahl der Zeugungen, welche das Verwandtschaftsverhältnis zu letzterem vermitteln (Gradualsystem); doch wird die Art der Verwandtschaft mit in Betracht gezogen und insbesondere die gerade absteigende Linie (Deszendenz) als ausschließlich erste Klasse, ohne Rücksicht auf die Zahl der Verwandtschaftsgrade, erachtet, so daß auch die Enkel des Erblassers, obwohl mit diesem erst im zweiten Grade verwandt, seinen Eltern vorgehen.

Dagegen hat in den §§ 1924 ff. das Parentelsystem Anerkennung gefunden, wonach diejenigen, welche mit dem Erblasser die näheren Stammeseltern gemeinsam haben, solche Verwandte ausschließen, welche durch entferntere Stammeltern mit dem Erblasser verbunden sind (§ 1930); innerhalb der ersten drei Ordnungen treten an die Stelle der näheren, aber zur Zeit des Erbfalls schon weggefallenen Verwandten die entfernteren Verwandten derselben Ordnung. Das Parentelsystem trägt dem Gedanken der Bevorzugung der jüngeren Generation Rechnung,

berücksichtigt aber auch durch die Bevorzugung der Eltern vor den Geschwistern das Schoßfallsrecht.

a) Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind hiernach in Übereinstimmung mit dem geltenden Rechte die Abkömmlinge (Deszendenten) des Erblassers. Ein zur Zeit des Erbfalls noch lebender näherer Abkömmling, z. B. ein Enkel, schließt jedoch die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge, z. B. Urenkel, von der Erbfolge aus, vorausgesetzt, daß er zur Erbfolge gelangt; schlägt er seinerseits aus (§ 1953 Abs. 2), oder ist er durch Verordnung des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938) ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt (§ 2344), so präkludiert er seine weiteren Abkömmlinge nicht; dagegen erstreckt sich der Verzicht des Abkömmlings mangels anderweiter Bestimmung auf seine Deszendenz (§ 2349). An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings, z. B. eines Sohnes, treten wie bisher die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge, z. B. Enkel (Erbfolge nach Stämmen); ob der Vorverstorbene von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen oder erbunwürdig war, kommt nicht in Betracht, ebensowenig, ob der entferntere Abkömmling ihn beerbt hat. Jedes Kind des Erblassers nebst seinen Abkömmlingen bildet einen Stamm. Auch darin ist nichts geändert, daß Kinder zu gleichen Teilen erben (§ 1924).

b) In der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge, also Geschwister, Geschwisterkinder, Geschwisterenkel des Erblassers usw. berufen. Indessen erben die Eltern allein, also unter Ausschluß der Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge, und zwar unter sich zu gleichen Teilen, wenn sie zur Zeit des Erbfalles beide noch leben; der Satz: „paterna paternis, materna maternis" ist mit allen seinen Ausflüssen verworfen, zwischen dem von der väterlichen und dem von der mütterlichen Seite herrührenden Vermögen wird nicht unterschieden. Lebt zur Zeit des Erbfalls der eine Elternteil, also Vater oder Mutter, nicht mehr, so überkommt der überlebende Teil nicht den ganzen Nachlaß, vielmehr treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge, also die voll- und halbbürtigen Geschwister des Erblassers bzw. deren Deszendenz nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften; sind Abkömmlinge des verstorbenen Elternteils nicht vorhanden, so erbt der überlebende Teil allein (§ 1925). Die halbbürtigen Geschwister werden also durch die vollbürtigen nicht ausgeschlossen. Jeder Teil des Elternpaares nebst seinen Abkömmlingen bildet einen Stamm.

Der Urenkel, z. B. eines Bruders des Erblassers, erbt in der zweiten Ordnung, er schließt mithin einen Bruder des Vaters des Erblassers (Onkel) aus.

c) In der dritten Ordnung sind erbfolgeberechtigt die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Jeder Teil eines Großelternpaares nebst seinen Abkömmlingen bildet einen Stamm, jedes Großelternpaar nebst den Abkömmlingen eines jeden Teiles desselben bildet eine Linie.

1. Leben zur Zeit des Erbfalls die Großeltern sämtlich, so erben sie

α) allein, d. h. unter Ausschluß der Elterngeschwister (Onkel und Tanten) und deren Abkömmlinge (Vettern, Basen usw.), und

β) zu gleichen Teilen.

2. Lebt zur Zeit des Erbfalls von dem väterlichen oder mütterlichen Großelternpaare der eine Teil, also der Großvater oder die Großmutter von der väterlichen oder mütterlichen Seite nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge. Sind solche Abkömmlinge nicht vorhanden, so fällt der Anteil des Verstorbenen dem anderen Teile des Großelternpaares zu; war also z. B. der Verstorbene der Großvater mütterlicherseits, so erbt dessen Anteil die noch lebende Großmutter mütterlicherseits.

3. Leben zur Zeit des Erbfalls die väterlichen oder die mütterlichen Großeltern, also ein Großelternpaar der einen oder anderen Seite, nicht mehr, so erben die ein- und zweiseitigen Abkömmlinge der Verstorbenen, wenn aber solche nicht vorhanden sind, die eine Linie also, die väterliche oder mütterliche, ganz ausgestorben ist, die anderen Großeltern oder deren Abkömmlinge allein.

4. Soweit Abkömmlinge an die Stelle ihrer Eltern oder ihrer Voreltern treten, finden die für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften Anwendung (§ 1926).

d) Die vierte Ordnung umfaßt die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

1. Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern, so erben sie allein und zwar mehrere zu gleichen Teilen ohne Rücksicht darauf, ob sie verschiedenen Linien oder derselben Linie angehören. Der Grundsatz, daß an die Stelle eines nicht mehr lebenden Vorfahren dessen Abkömmlinge treten, ist mithin hier, um eine Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden, aufgegeben. Wenn also auch nur einer

von den Urgroßeltern lebt, wird er Alleinerbe; er schließt die Abkömmlinge der vorverstorbenen anderen Urgroßeltern aus.

2. Sind dagegen zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern überhaupt nicht mehr am Leben, so erbt von ihren Abkömmlingen derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Teilen (§ 1928).

e) Gesetzliche Erben der fünften Ordnung und der ferneren Ordnungen sind die entfernteren Voreltern des Erblassers und deren Abkömmlinge; die vorstehend unter d 1, 2 erwähnten Vorschriften finden hier entsprechende Anwendung (§ 1929).

f) Wer in einer der drei ersten Ordnungen verschiedenen Stämmen zugleich angehört, erhält den in jedem dieser Stämme ihm zufallenden Anteil. Jeder Anteil gilt, wie der des Ehegatten, der auch als Verwandter erbt (§ 1934), als besonderer Erbteil, so daß z. B. §§ 1951 (Annahme und Ausschlagung), 2007 (Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten) Platz greifen (§ 1927). Vgl. auch noch §§ 1935, 2095 (Wegfall eines gesetzlichen oder eines eingesetzten Erben).

V. Erbrecht des überlebenden Ehegatten.

Während im gem. Recht der überlebende Ehegatte als solcher, abgesehen allerdings von dem der dürftigen Witwe zustehenden Anspruch auf einen Teil der Erbschaft, erst hinter sämtlichen erbberechtigten Verwandten zur Erbfolge berufen ist, wird jetzt in allen Fällen, bei beerbter und unbeerbter Ehe, ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten anerkannt, durch welches das Erbrecht der Verwandten beschränkt, unter Umständen selbst ausgeschlossen wird. Dagegen ist dem überlebenden Ehegatten ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht an den Erbteilen der Abkömmlinge nicht eingeräumt. Vgl. noch §§ 1842 ff., 1544 ff., 1549, 1557 (Gütergemeinschaft).

a) Der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten beträgt

1. neben Verwandten der ersten Ordnung ohne Rücksicht auf die Zahl der Abkömmlinge stets ein Viertel der Erbschaft,

2. neben Verwandten der zweiten Ordnung oder Großeltern die Hälfte der Erbschaft; treffen jedoch mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern, z. B. Onkel und Tante des Erblassers, zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte der Erbschaft den

Anteil, der nach § 1926 diesen Abkömmlingen zufallen würde, so daß der überlebende Ehegatte insoweit an deren Stelle tritt.

b) Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch auch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft (§ 1931), er schließt somit die Abkömmlinge der Großeltern sowie die gesetzlichen Erben der vierten Ordnung und der ferneren Ordnungen vollständig aus.

c) Außer dem gesetzlichen Erbteil gebühren dem überlebenden Ehegatten bei unbeerbter Ehe, also in Ermangelung von Abkömmlingen des Erblassers, im voraus

1. die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind,

2. Hochzeitsgeschenke.

Auf den Voraus finden die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften, z. B. §§ 2147 ff., Anwendung (§ 1932); der Voraus genießt keinen Vorzug vor anderen Vermächtnissen.

d) Ausgeschlossen ist sowohl das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten als auch das Recht auf den Voraus, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits erhoben hatte (§ 1933). Vgl. auch §§ 2077, 2268, 2279.

e) Gehört der überlebende Ehegatte zu den erbberechtigten Verwandten, so erbt er zugleich als Verwandter. Der Erbteil, der ihm auf Grund der Verwandtschaft zufällt, gilt als besonderer Erbteil (§ 1934), wie der eines Erben, der den in verschiedenen Stämmen der ersten, zweiten oder dritten Erbfolgeordnung ihm zufallenden Anteil erhält (§ 1927), so daß z. B. die §§ 1951, 2007 über Annahme und Ausschlagung sowie Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zu berücksichtigen sind.

VI. Erhöhung des gesetzlichen Erbteils.

Ein gesetzlicher Erbe, dessen Erbteil sich infolge Wegfalls, z. B. des Todes, Ausschlagung (§ 1945), Erbunwürdigkeit (§ 2344), Erbverzicht (§ 2346), eines anderen gesetzlichen Erben erhöht, soll nicht durch Vermächtnisse oder Auflagen, mit welchen der Wegfallende belastet war oder durch die diesen treffende Ausgleichungs(Kollations)pflicht überschwert werden. Deshalb gilt der Teil der Erbschaft, um welchen

sich der Erbteil erhöht, in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit welchen der wegfallende oder der andere Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil. Unerheblich ist hierbei, ob der Wegfall des gesetzlichen Erben vor oder nach dem Erbfalle erfolgt, insbesondere also auch, ob der gesetzliche Erbe vor dem Erblasser verstorben ist; ebenso wird der Fall getroffen, daß der Erbteil des wegfallenden Erben unbeschwert, dagegen der Erbteil des zur Erbfolge gelangenden gesetzlichen Erben beschwert war. Stets bleibt die Wirkung der Beschwerung durch die Vermächtnis- und Ausgleichungslast auf denjenigen Erbteil beschränkt, welcher nach dem Willen des Erblassers ursprünglich beschwert werden sollte; die Beschwerung darf nicht auch solche Bruchteile der Erbschaft ergreifen, welche dem an die Stelle des weggefallenen Beschwerten tretenden gesetzlichen Erben schon unabhängig von diesem Eintritt an Stelle des Weggefallenen anfallen (§ 1935). Der Fall der Anwachsung ist in dem § 2095 (§ 2159) geregelt. Vgl. noch § 2007 (Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten) und § 1951 (Annahme und Ausschlagung eines Erbteils).

VII. Erbrecht des Fiskus.

In Ermangelung anderer Erben, eines Verwandten oder Ehegatten des Erblassers, ist (Ob.Trib. 7 S. 155; R.G. 8 S. 243) der Fiskus gesetzlicher Erbe. Der Fiskus gehört jedoch nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne der §§ 2104, 2149.

a) Zur Erbfolge berufen ist der Fiskus des Bundesstaats, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat; gehörte er zu dieser Zeit mehreren Bundesstaaten an, so fällt der erblose Nachlaß dem Fiskus eines jeden dieser Staaten zu gleichem Anteile zu. War der Erblasser ein Deutscher, der keinem Bundesstaate angehörte, so erbt der Reichsfiskus (§ 1936; R.G. 54 S. 201; vgl. noch Art. 138, 139 E.G.).

b) Dem Fiskus als gesetzlichem Erben ist, insbesondere im Interesse der Nachlaßgläubiger, die Ausschlagungsbefugnis versagt (§ 1942 Abs. 2). Doch ist er gegen die gefährlichen Folgen, die hieraus resultieren können, vollständig geschützt. Denn

1. die Geltendmachung eines Rechts gegen ihn als gesetzlichen Erben ist erst zulässig, nachdem von dem Nachlaßgerichte das Nichtvorhandensein eines anderen Erben festgestellt worden ist (§ 1966)[1].

---

[1]) Vgl. §§ 1960 ff., 1964, 1965.

2. dem Fiskus kann als gesetzlichem Erben eine Inventarfrist nicht bestimmt werden (§ 2011); hierdurch ist ihm das Recht, nur mit dem Nachlaß zu haften, für die Dauer gesichert. Der Urteilsvorbehalt ist deshalb behufs Geltendmachung der Beschränkung der Haftung nicht erforderlich (§ 780 C.P.O.),

3. im übrigen wird auch für den Fiskus die Herbeiführung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses das Mittel bilden, durch welches er sich von der Verpflichtung befreien kann, die Erbschaft unter Verantwortlichkeit gegenüber den Nachlaßgläubigern seinerseits zu verwalten und zu bereinigen und Zwangsvollstreckungsmaßregeln gemäß §§ 781 ff. C.P.O. zu dulden.

Zweiter Abschnitt: Rechtliche Stellung des Erben.

§ 105.

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§§ 1942 bis 1959).

I. Anfall der Erbschaft.

Die Erbschaft, ebenso der Erbteil (§ 1922), geht auf den berufenen Erben im Moment des Todes des Erblassers von selbst über (§ 1942)[1]). Der Anfall der Erbschaft, Erwerb des Nachlasses, vollzieht sich in diesem Moment von Rechts wegen, ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe kraft Gesetzes oder durch eine Verordnung von Todes wegen (§§ 1937, 1941) berufen ist, ob er von dem Tode des Erblassers oder seiner Berufung Kenntnis erlangt hat oder nicht; einer aditio hereditatis bedarf es nicht. Der Nachlaß wird unabhängig von dem Willen des Erben (Miterben) Vermögen des Erben bzw. gemeinschaftliches Vermögen der Miterben (§ 2032); auch die Sukzession in den Besitz findet ohne Erwerbshandlung statt (§ 857). Dagegen kann vor der erklärten oder fingierten (§ 1943) Annahme der Erbschaft ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden (§ 1958), so daß eine frühere Klage zurzeit abzuweisen wäre, ohne daß es eines bezüglichen Einwands des Erben bedarf; vgl. noch § 207. Das Recht des Gläubigers wird durch die Vorschriften der §§ 1960, 1961, insbesondere Bestellung eines Nachlaßpflegers, gewahrt.

---

[1]) Dem Nacherben fällt die Erbschaft mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge an (§ 2139).

Auch zur Fortführung eines zur Zeit des Todes des Erblassers anhängigen und durch den Tod unterbrochenen Rechtsstreits ist der Erbe vor der Annahme der Erbschaft nicht verpflichtet (§§ 239 Abs. 5, 246 C.P.O.). Wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben ist eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß vor der Erbschaftsannahme nicht zulässig (§ 778 Abs. 2 C.P.O.).

II. Ausschlagung der Erbschaft.

Dem Erben steht das Recht zu, die ihm angefallene Erbschaft (Erbteil) auszuschlagen[1]), den Erwerb (I) ex tunc wieder aufzugeben. Eine solche Ausschlagungsbefugnis steht dem Fiskus als gesetzlichem Erben (§ 1936) überhaupt nicht zu (§ 1842); gegen die ihm hieraus drohenden Gefahren schützen ihn der § 780 Abs. 2 C.P.O., sowie die Vorschrift des § 2011, wonach ihm in solchem Falle eine Inventarfrist nicht bestimmt werden kann.

a) Das Ausschlagungsrecht erlischt, wenn

entweder der Erbe die Erbschaft angenommen hat,

oder die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist (§ 1943).

1. Die Ausschlagung kann nur binnen sechs Wochen erfolgen; die Frist beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bzw. sein gesetzlicher Vertreter bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält. Mit dem Ablaufe der Frist gilt die Erbschaft als angenommen, ohne daß Gegenbeweis zulässig wäre.

α) Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe bzw. sein Vertreter (Ob.Trib. 16 S. 125, 17 S. 87) von dem Anfall und dem Grunde der Berufung (Gesetz, letztwillige Verfügung, Erbvertrag) Kenntnis erlangt; Irrtum in Ansehung eines dieser Umstände, selbst grob fahrlässiger, hindert den Beginn der Frist. Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen (§§ 1637, 1941) berufen, so beginnt die Frist (St.A. 92 S. 132, 96 S. 208; O.H.G. 12 S. 437) nicht vor der Verkündung der Verfügung (R.G. J.W. Beil. 02 S. 232, D.J.Z. 02 S. 263, R. 02 S. 324). Eine amtliche Mitteilung wird abweichend von Ob.Trib. 13 S. 140 auch dann nicht vorausgesetzt, wenn der Anfall erst infolge der Ausschlagung des zunächst be-

---

[1]) Die Ausschlagung unterliegt der Gläubigeranfechtung nicht (R.G. 54 S. 289 ff., D. J.Z. 03 S. 369, J.W. Beil. 03 S. 84).

rufenen Erben eintritt (§ 1953); auch hier genügt und entscheidet allein die Privatkenntnis. Die Ausschlagungsfrist für den als Erbe berufenen Pflichtteilsberechtigten im Falle des § 2306 beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt (R.G. R. 02 S. 534).

Wer die Ausschlagung geltend macht, hat auch ihre Rechtzeitigkeit zu beweisen (Ob.Trib. 82 S. 7; St.A. 100 S. 49).

β) Auf den Lauf dieser Präklusivfrist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 (Hemmung, Vollendung) entsprechende Anwendung (§ 1944).

2. Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Geschieht sie durch einen Bevollmächtigten[1], so muß die Vollmacht, die ebenfalls zu ihrer Wirksamkeit öffentlicher Beglaubigung bedarf, der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden (§ 1945).

Eine Form für die Annahme ist nicht vorgeschrieben; die pro herede gestio wird deshalb, wie im gem. Rechte, anzuerkennen sein; Handlungen, aus welchen der Wille, Erbe zu sein, erhellt, reichen vollständig aus. Den Beweis der Annahme hat zu führen, wer daraus Rechte herleitet.

b) Der Erbe, auch der Nacherbe (§ 2149), kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist (§ 1946), mag er auch von dem Anfall und dem Grunde der Berufung noch keine Kenntnis erlangt, der Lauf der Ausschlagungsfrist noch nicht begonnen haben.

1. Die Annahme und die Ausschlagung können (Ob.Trib. 8 S. 245) nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen (§ 1947).

2. Sie können nicht auf einen Teil der Erbschaft, ebensowenig auf eine Quote wie auf einzelne Gegenstände, beschränkt werden; die Annahme oder Ausschlagung eines Teiles ist unwirksam (§ 1950); vgl. jedoch unter 5.

3. Die Annahme gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtume war (§ 1949 Abs. 1).

[1]) Die ohne Einwilligung des Vormundschaftsgerichts seitens des Vormunds namens des Mündels erfolgte Ausschlagung der Erbschaft erlangt auch durch nachträgliche Genehmigung Wirksamkeit nicht (R.G. Joh. 21 S. 197).

4. Dem Erben kann die Erbschaft aus verschiedenen Berufungsgründen anfallen. Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind (§ 1949 Abs. 2). Zulässig ist es aber auch, daß

α) der durch Verfügung von Todes wegen eingesetzte Erbe die Erbschaft als solcher ausschlägt und als gesetzlicher Erbe annimmt [1]),

β) der durch Testament und durch Erbvertrag berufene Erbe die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrunde annimmt und aus dem anderen ausschlägt (§ 1948).

5. Derselbe Erbe kann auch zu mehreren Erbteilen berufen sein.

α) Beruht die Berufung auf verschiedenen Gründen, z. B. Testament und Erbvertrag oder Gesetz, so unterliegt der einzelne Erbteil für sich der Annahme und Ausschlagung.

β) Beruht dagegen die Berufung auf demselben Grunde, z. B. wenn der Erbe kraft Gesetzes als Ehegatte und Verwandter erbt, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, selbst wenn dieser andere erst später anfällt. Die Berufung beruht auch dann auf demselben Grunde, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig (§ 2278) in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist; geschieht die Erbeinsetzung in einem Erbvertrag vertragsmäßig, in einem anderen einseitig (§ 2299), so liegen verschiedene Berufungsgründe vor.

γ) Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere Erbteile ein, bildet er also solche durch die Einsetzung, so kann er zugleich durch Verfügung von Todes wegen die Annahme des einen und die Ausschlagung des anderen Erbteils gestatten; sein Wille kann diese Befugnis gewähren, auch wenn verschiedene Berufungsgründe nicht vorliegen (§ 1951).

c) Das Ausschlagungsrecht des Erben ist vererblich.

1. Stirbt der Erbe vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist,

[1]) Die Berufung als gesetzlicher Erbe wird nicht selten erst eine mittelbare Folge jener Ausschlagung sein, nämlich dann, wenn die zunächst Berufenen, z. B. Abkömmlinge, wegfallen, und nunmehr dem Ausschlagenden, einem entfernten Verwandten, die ausgeschlagene Erbschaft oder ein Bruchteil derselben von neuem auf Grund des Gesetzes anfällt; aus der Berufung als gesetzlicher Erbe läuft ihm auch eine neue Ausschlagungsfrist. Ein praktisches Interesse wird beispielsweise vorliegen, wenn der Erbe nur auf einen Bruchteil eingesetzt war und deshalb ausschlug, später aber kraft Gesetzes Universalerbe wird und deshalb annimmt.

so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist; dem Erben des Erben kommt mithin noch die ganze Frist zustatten, welche für ihn in Ansehung der Ausschlagung der Erbschaft seines unmittelbaren Erblassers bestimmt ist.

2. Von mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der ersten Erbschaft ausschlagen, obwohl der Erbe selbst nur die Erbschaft im ganzen annehmen oder ausschlagen konnte (§ 1952). Der von einem der mehreren Erbeserben ausgeschlagene Teil der ersten Erbschaft fällt mithin demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn ihr Erblasser zur Zeit des ersten Erbfalls nicht gelebt hätte (III).

d) Infolge der Ausschlagung der Erbschaft gilt der Anfall an den Ausschlagenden (§ 1942) als nicht erfolgt, der Erwerb als nicht eingetreten. Die Erbschaft fällt demgemäß demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls (§ 1922) nicht gelebt hätte; dieser Anfall an den infolge der Ausschlagung Berufenen gilt als bereits mit dem Erbfall erfolgt, so daß sein zwischenzeitlicher Tod (§ 1923) den Anfall nicht hindert (§ 1953).

III. Anfechtung der Annahme und Ausschlagung.

Für die Anfechtung (vgl. oben § 19 III) der Annahme oder Ausschlagung gelten einige Besonderheiten.

a) Die Anfechtung kann nur binnen sechs Wochen erfolgen; die Frist beträgt wie in § 1944 Abs. 3 (Ausschlagungsfrist) sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Ausland gehabt hat, oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält.

1. Die Frist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt.

2. Auf den Lauf dieser Präklusivfrist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 (Hemmung, Vollendung) entsprechende Anwendung.

3. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Annahme oder der Ausschlagung 30 Jahre verstrichen sind (§ 1954).

b) Die Anfechtung erfolgt durch eine in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Sie kann durch einen Bevollmächtigten geschehen; die Vollmacht, welche ebenfalls öffentlicher Beglaubigung bedarf, muß der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Anfechtungsfrist nachgebracht werden (§ 1955).

c) Die Versäumung der Ausschlagungsfrist kann in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden (§ 1956), da mit dem Ablauf dieser Frist die Erbschaft als angenommen gilt (§ 1943).

d) Die Anfechtung schafft Nichtigkeit ex tunc; dementsprechend gilt die Anfechtung der Annahme als Ausschlagung, die Anfechtung der Ausschlagung als Annahme (§ 1957).

IV. Der provisorische Erbe.

Der Berufene, welcher erbschaftliche Geschäfte besorgt, ohne damit die Erbschaft anzunehmen, also lediglich provisorisch zum Zwecke der Sicherung des Nachlasses oder zu seiner Erhaltung in seinem wirtschaftlichen Bestande sich mit der Erbschaft befaßt, ohne daß aus seinen Handlungen der Wille konstiert, Erbe zu sein, handelt, obschon er formell als Erbe tätig wird, in Wirklichkeit für denjenigen, welchen es angeht; schlägt er also demnächst die Erbschaft wirksam aus, so ist er demjenigen gegenüber, welcher (definitiv) Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet (§§ 677 ff.).

Aber auch das Interesse Dritter, welche mit dem provisorischen Erben sich auf Rechtsgeschäfte eingelassen haben, erfordert Schutz; dieser wird nach zwei Richtungen hin gewährt.

a) Der provisorische Erbe verfügt vor der Ausschlagung über einen Nachlaßgegenstand, veräußert oder belastet ihn oder nimmt ein anderes, den Gegenstand unmittelbar berührendes (vgl. oben S. 104 u. 120) Rechtsgeschäft, z. B. die Kündigung eines Miet- oder Pachtverhältnisses, vor; die Wirksamkeit einer solchen Verfügung wird durch die Ausschlagung nicht berührt, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte.

b) Ein vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden, provisorischen Erben, gegenüber vorgenommenes Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchem, dem definitiven Erben, Erben cum pleno iure, vorgenommen werden muß, z. B. die Kündigung einer für den Erblasser eingetragenen Grundschuld seitens des Grundstückseigentümers, bleibt auch nach der Ausschlagung schlechthin, nicht bloß unter der zu a angegebenen Voraussetzung, wirksam (§ 1959).

§ 106.

Fürsorge des Nachlaßgerichts (§§ 1960 bis 1966)[1].

I. Gerichtliche Sicherheitsmaßregeln.

Eine gerichtliche Verlassenschaftsregulierung findet grundsätzlich nicht statt. Das Nachlaßgericht soll nur die Ausschlagung der Erbschaft und die Anfechtung der Ausschlagung demjenigen mitteilen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen ist bzw. angefallen war (§§ 1953 Abs. 3, 1957 Abs. 2). Diese Pflicht begrenzt sich von selbst durch entgegenstehende Hindernisse, z. B. Unkenntnis des Anfallsberechtigten.

Ein amtliches Einschreiten in Ansehung der Behandlung des Nachlasses wird nur in besonderen Fällen zugelassen. Vgl. noch § 779 Abs. 2 C.P.O.

a) Dem Nachlaßgericht liegt es ob, soweit ein Bedürfnis besteht, provisorische Sicherheitsmaßregeln zu treffen[2],

1. vor und bis zu der Annahme der Erbschaft,

2. trotz Annahme der Erbschaft, wenn der Erbe, der definitiv berufen ist, z. B. infolge einer Schwangerschaft, unbekannt ist,

3. bei Ungewißheit (K.G. Joh. 23 S. 202), ob der berufene Erbe die Erbschaft angenommen hat (§ 1960 Abs. 1); vgl. auch § 2043.

Das gerichtliche Einschreiten wird in der Regel nicht erforderlich sein, wenn ein einwandsfreier Miterbe die Sorge für den Nachlaß übernimmt oder ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist.

Zu den zulässigen gerichtlichen Maßnahmen gehört insbesondere die Anordnung der Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten, sowie die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses und die Bestellung eines Pflegers (Nachlaßpflegers) für denjenigen, welcher Erbe wird (R.G. 28 S. 554, 34 S. 285); dem Ermessen des Nachlaßgerichts wird bezüglich der zu ergreifenden Schritte weitester Spielraum gewährt (§ 1960 Abs. 2).

---

[1]) Vgl. §§ 72 ff. R.G. F.G.

[2]) Die durch Art. 140 E.G. aufrecht erhaltenen Vorschriften, nach welchen das Nachlaßgericht auch unter anderen als den im § 1960 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen die Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses sowie bis zu dessen Vollendung die erforderl. Sicherungsmaßregeln, insbesondere die Anlegung von Siegeln, von Amts wegen anordnen kann oder soll, sind durch Art. 79 A.G. außer Kraft gesetzt. Vgl. noch Art. 19 ff. P.G. F.G., 104 ff., 118, 121, 123 ff. das.

b) Das Nachlaßgericht ist in den Fällen des § 1960 Abs. 1 cit. zur Bestellung eines Nachlaßpflegers verpflichtet, wenn diese Bestellung zum Zwecke der gerichtlichen oder eventuell gerichtlichen Geltendmachung (K.G. R. 01 S. 540 u. Joh. 22 S. 71) eines persönlichen oder dinglichen Anspruchs gegen den Nachlaß (vgl. § 1958) von dem Berechtigten beantragt wird (§ 1961).

c) Die Nachlaßpflegschaft ist eine cura personae; auf sie finden deshalb wie für jede andere Pflegschaft die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergibt (§ 1915).

1. Für die Nachlaßpflegschaft tritt an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht (§ 1962), so daß letzteres hier die Rechte und Pflichten des ersteren hat.

2. Die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann gegen den Pfleger auch vor der Annahme der Erbschaft erfolgen (§ 1960 Abs. 3). Vgl. auch § 2213 (Testamentsvollstrecker).

3. Dem Pfleger kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden (§ 2012).

4. Gegen den Pfleger ist der Urteilsvorbehalt wegen Beschränkung der Haftung nicht erforderlich (§ 780 Abs. 2 C.P.O.)[1].

5. Der Pfleger kann nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten (§ 2012).

6. Die Aufnahme eines zur Zeit der Bestellung des Nachlaßpflegers durch den Tod der Partei unterbrochenen Rechtsstreits bestimmt sich nach den §§ 243, 246 Abs. 2 C.P.O.

II. Unterhaltsanspruch.

Der mit einem erbberechtigten nasciturus Schwangeren wird ein subsidiärer Unterhaltsanspruch gewährt.

a) Voraussetzung ist die Bedürftigkeit der Mutter des nasciturus.

b) Der Anspruch richtet sich stets auf standesmäßigen Unterhalt bis zur Entbindung.

c) Die Entnahme des Unterhalts erfolgt aus dem Nachlaß oder, wenn noch andere Personen neben dem erwarteten nasciturus als Erben berufen sind, aus dem Erbteile des Kindes und zwar aus den

[1]) Vgl. noch § 217 K.O.; § 991 Abs. 2 C.P.O.

Nutzungen, aber auch aus der Substanz des Nachlasses bzw. Erbteils. Bei der Bemessung des Erbteils ist anzunehmeu, daß nur ein Kind geboren wird (§ 1963). Auch im Falle einer Totgeburt ist der gewährte Unterhalt nicht zurückzuerstatten. Vgl. noch § 2141.

III. Ermittelung des Erben.

In Ermangelung anderer Erben ist der Fiskus gemäß § 1936 gesetzlicher Erbe. Deshalb hat das Nachlaßgericht, wenn der Erbe nicht innerhalb einer den Umständen entsprechenden Frist ermittelt wird, das Nichtvorhandensein eines anderen Erben festzustellen. Der Feststellung hat eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldungsfrist vorauszugehen; die Aufforderung darf unterbleiben, wenn die Kosten dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismäßig groß sind. Ein Erbrecht bleibt unberücksichtigt, wenn nicht dem Nachlaßgerichte binnen 3 Monaten nach dem Ablaufe der Anmeldungsfrist bzw. der gerichtlichen Aufforderung nachgewiesen wird, daß das Erbrecht besteht oder daß es gegen den Fiskus im Wege der Klage geltend gemacht ist (§ 1965).

a) Die Feststellung des Nachlaßgerichts begründet die Vermutung, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe sei (§ 1964 Abs. 2).

b) Sie bildet die unerläßliche Voraussetzung für die Geltendmachung eines Rechts seitens des Fiskus als gesetzlichen Erben oder gegen des Fiskus als gesetzlichen Erben (§ 1966).

Der Fiskus darf somit einerseits den Nachlaß nicht mit Umgehung des Nachlaßgerichts an sich ziehen, während er andererseits gegen die sofortige Inanspruchnahme wegen Nachlaßverbindlichkeiten geschützt wird. Auch kann dem Fiskus als gesetzlichem Erben eine Inventarfrist nicht bestimmt werden, wogegen er den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet ist, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen (§ 2011; § 780 Abs. 2 C.P.O.).

§ 107.

Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 1967 bis 2017).

I. Feststellung der Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 1967 bis 1974).

a) Mit dem Vermögen als Ganzem gehen auch die zu diesem Vermögen gehörenden Verbindlichkeiten, die von dem Erb-

lasser herrührenden Schulden kraft Gesetzes auf den Erben über; sie erlöschen also nicht (§ 1967). Der Erbe haftet jedoch nicht bloß für diese; seine Haftung erstreckt sich auch auf diejenigen ihm als Erben obliegenden Verpflichtungen, in Ansehung deren eine Bindung erst mit oder nach dem Eintritt des Erbfalles stattfindet, z. B. aus Handlungen, welche lediglich die Erhaltung und Verwertung des Nachlasses bezwecken (St. A. 21 S. 132; Ob. Trib. 63 S. 75), aus solchen Rechtsgeschäften des Nachlaßpflegers, Konkursverwalters oder Testamentsvollstreckers, auf die Kosten der Testamentseröffnung, des Aufgebots, der Inventarerrichtung, der Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses, insbesondere auf die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (§ 1967).

Der Umfang der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist verschieden, je nachdem letzterer das Aufgebot der Nachlaßgläubiger oder eine andere seine Haftung einschränkende Maßregel ergreift, z. B. Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs herbeiführt.

b) Der Erbe trägt die Kosten der standesmäßigen, der Lebensstellung des Erblassers entsprechenden Beerdigung desselben (§ 1968).

c) Dem Erben liegt auch, mangels abweichender letztwilliger Anordnung des Erblassers die Verpflichtung ob, Familienangehörigen des Erblassers, die zur Zeit seines Todes zu seinem Hausstand gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben, in den ersten 30 Tagen nach dem Eintritt des Erbfalls in dem bisherigen Umfange Unterhalt zu gewähren und die Benutzung der Wohnung und der Haushaltungsgegenstände zu gestatten. Die Vorschriften über Vermächtnisse, z. B. über Kürzung bei Überschuldung des Nachlasses, finden entsprechende Anwendung (§ 1969), so daß auch diese Verpflichtung zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehört (§ 1967 Abs. 2).

II. Aufgebot[1]) der Nachlaßgläubiger.

Das aus dem Preuß. Ges. vom 28. 3. 79 entlehnte Institut des erbschaftlichen Gläubigeraufgebots dient dem Interesse des Erben, welcher mit der Möglichkeit des Vorhandenseins unbekannter Nachlaßgläubiger rechnen muß, eine Klarstellung der Sachlage, insbesondere des Umfangs der Nachlaßverbindlichkeiten und zugleich die dauernde Beschränkung seiner Haftung den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber herbeizuführen. Es besteht darin, daß die Nachlaßgläubiger im Wege

[1]) Vgl. §§ 989 ff. C.P.O.

des Aufgebotsverfahrens zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert werden (§ 1970); auch diejenigen, welche dem Antragsteller bekannt sind, müssen sich zur Vermeidung des Ausschlusses melden.

a) Das Verfahren einschließlich seiner Voraussetzungen, insbesondere die Antragsberechtigung, bestimmt sich nach den §§ 989 bis 1001 C.P.O. Antragsberechtigt ist hiernach der Erbe nicht, der für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, das Recht auf Beschränkung seiner Haftung gegenüber allen Nachlaßgläubigern bereits verloren hat (§§ 1994, 2005). Sind mehrere Erben vorhanden, so kann die Erlassung des Aufgebots mit Androhung des Rechtsnachteils, daß jeder Erbe nach der Teilung des Nachlasses den Nachlaßgläubigern, welche sich nicht melden, nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeiten haftet, auch von dem für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftenden Erben beantragt werden. Von der vorgängigen Einreichung eines Inventars ist das Aufgebotsverfahren nicht abhängig.

b) Durch das Aufgebot werden nicht betroffen

1. Pfandgläubiger und Gläubiger, die im Konkurse den Pfandgläubigern gleichstehen (§ 49 K.O.), sowie Gläubiger, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben (§ 10 Zw.G.), soweit es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt,

2. die Gläubiger, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind (vgl. oben S. 591 ff.), oder denen im Konkurs ein Aussonderungsrecht zusteht (§§ 43 ff. K.O.), in Ansehung des Gegenstandes ihres Rechts (§ 1971),

3. Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse, also z. B. auch die Verpflichtung aus § 1960, und Auflagen; die Vorschrift des § 2060 Nr. 1 wird hierdurch nicht berührt (§ 1972).

c) Dem Erben, der den Aufgebotsantrag innerhalb eines Jahres nach der Erbschaftsannahme gestellt hat, stehen nach Zulassung des Antrags die aufschiebenden Einreden aus den §§ 2014, 2015 zu (§ 305 Abs. 1 C.P.O.). Sie stehen ihm nicht zu, soweit ein Gläubiger nach § 1971 (vgl. b 1 u. 2) von dem Aufgebot nicht betroffen wird, jedoch mit der Maßgabe, daß ein erst nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erlangtes

Recht, sowie eine nach diesem Zeitpunkt im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung außer Betracht bleibt (§ 2016).

d) Wirkung des Ausschlußurteils.

1. Der Erbe haftet den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern gegenüber, selbst wenn ihre Forderungen bereits rechtskräftig[1]) feststehen, nur beschränkt. Er kann ihre Befriedigung gemäß § 995 C.P.O. insoweit verweigern (peremtorische Einrede), als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird; vgl. dagegen § 2013 Abs. 1 (unbeschränkte Haftung).

α) Der ausgeschlossene Gläubiger ist gleichwohl vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen; er hat jedoch hierauf keinen Anspruch, wenn er seine Forderung erst nach der Berichtigung dieser Verbindlichkeiten geltend macht (§ 1973 Abs. 1); durch eine frühere gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung wahrt er sein Vorrecht.

β) Der Erbe hat den nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger von dem Nachlaß verbleibenden Überschuß, zum Zwecke der Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung, herauszugeben.

αα) Er haftet nicht schlechthin bis zur Höhe des Überschusses, sondern nur nach Maßgabe der §§ 812 ff.; seine Verpflichtung ist mithin ausgeschlossen, soweit er nicht mehr bereichert ist. Vgl. auch § 228 Abs. 2 K.O.

ββ) Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände auch durch Zahlung des Wertes abwenden[2]), während er sonst prinzipiell cum viribus hereditatis haftet und den Gläubigern nicht zumuten kann, sich mit dem Werte abfinden zu lassen; vgl. § 1990.

γγ) Dem Erben liegt nicht ob, in der Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger eine bestimmte Rangfolge oder Reihenfolge zu beobachten. Soweit der Überschuß zur Befriedigung des einen oder anderen von ihnen tatsächlich verwendet ist, kann sich der Erbe auch den übrigen gegenüber darauf berufen. Gleichermaßen wirkt die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers einem anderen Gläubiger gegenüber wie die wirklich erfolgte Befriedigung, so daß der Erbe sie auch diesem gegenüber vorschützen kann (§ 1973 Abs. 2). Vgl. jedoch § 2013 Abs. 1; § 780 Abs. 1 C.P.O.

---

[1]) Vgl. jedoch § 780 C.P.O.

[2]) Vgl. auch §§ 1992, 2187.

γ) Der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger kann die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nur beantragen, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist (§ 219 K.O.).

δ) Wenn der Nachlaßgläubiger, für dessen Forderung ein Recht auf Befriedigung aus einem Nachlaßgrundstück besteht, im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist, so finden die Vorschriften des § 175 Abs. 1 Zw.G. über die Berechtigung des Erben usw. zum Antrag auf Zwangsversteigerung keine Anwendung (Abs. 2 das.).

2. Jeder von mehreren Erben haftet nach der Teilung des Nachlasses nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit dem Nachlaßgläubiger, welcher sich nicht meldet (§ 2060 Nr. 1; §§ 997, 998 C.P.O.); das Ausschlußurteil kommt mithin auch den Miterben zustatten, die den Aufgebotsantrag nicht gestellt haben. Insoweit erstreckt sich das Aufgebot auch auf die Gläubiger aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, sowie auf die Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet.

e) Der Erbe genießt den nämlichen Schutz, der ihm bei Durchführung des Aufgebotsverfahrens im Verhältnis zu den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern zuteil wird (d), auch ohne Rücksicht auf solches Verfahren, mag es stattgefunden haben oder nicht, gegenüber jedem Nachlaßgläubiger (einschließlich der Pflichtteils- und Auflagenberechtigten und der Vermächtnisnehmer), der seine Forderung erst später als fünf Jahre nach dem Erbfalle ihm, dem Erben, gegenüber gerichtlich oder außergerichtlich geltend macht; die Frist beginnt bei Todeserklärung des Erblassers nicht vor der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils. Die verspätete Geltendmachung seiner Forderung schadet dem Nachlaßgläubiger ausnahmsweise dann nicht, wenn diese Forderung dem Erben vor dem Fristablaufe bekannt geworden oder in einem Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist (§§ 1974 Abs. 1, 2060 Nr. 2). Vgl. jedoch § 2013 Abs. 1 (unbeschränkte Haftung).

1. Soweit ein Gläubiger nach § 1971 (vgl. b 1 u. 2), z. B. ein Pfandgläubiger, von dem Aufgebote nicht betroffen wird, finden auch die vorstehenden Vorschriften hier keine Anwendung (§ 1974 Abs. 3 cit.).

2. Die dem Erben obliegende Verpflichtung zu prioritätischer Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers vor den Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (vgl. d 1 α) tritt im Verhältnis dieser letzteren, hier bei verspäteter Geltendmachung den ausgeschlossenen Nachlaß-

gläubigern gleichstehenden Verbindlichkeiten zueinander nur insoweit ein, als der Gläubiger eines solchen Anspruchs auch im Falle des Nachlaßkonkurses, z. B. als Pflichtteilsberechtigter dem Legatar (§ 226 K.O.) oder nach § 2189 ein Legatar vor einem anderen Legatar im Range vorgehen würde (§ 1974 Abs. 2). Vgl. noch § 3a R.G. v. 21. 7. 79; § 222 K.O.

f) Die unter d 1 α und β erwähnten Vorschriften des § 1973 über die Wirkung des Ausschlußurteils finden auf die Haftung des Erben entsprechende Anwendung, wenn der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt ist (§ 1989). Sie finden dagegen keine Anwendung, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten bereits unbeschränkt haftet (§§ 1994, 2005). Auf eine hiernach oder wegen verspäteter Geltendmachung einer Nachlaßforderung (e) eingetretene Beschränkung seiner Haftung kann sich jedoch auch der unbeschränkt haftende Erbe berufen, wenn diese unbeschränkte Haftung erst nach Erlaß des Ausschlußurteils (c) oder nach Ablauf der fünfjährigen Frist (e) eintritt (§ 2013). Ist der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden, so haftet jeder Miterbe nach der Nachlaßteilung nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit (§ 2060 Nr. 3).

III. Beschränkung der Haftung des Erben; Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs (§§ 1975 bis 1992; §§ 780, 781, 782 ff., 785, 786 C.P.O.) [1].

a) Die Nachlaßgläubiger haben grundsätzlich nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlasse; die Errichtung eines Inventars bildet keine notwendige Voraussetzung für die Beschränkung der Haftung des Erben.

Der Erbe muß jedoch in der Lage sein, behufs Geltendmachung dieser Beschränkung eine Absonderung des Nachlasses von seinem übrigen Vermögen herbeizuführen und die beiden Massen auseinanderzuhalten; man kann dem Erben nicht zumuten, die Nachlaßverbindlichkeiten aus eigenem Vermögen zu bezahlen und die Verwaltung des Nachlasses auf seine Gefahr zu besorgen. Der Erbe muß die Befugnis erhalten, einerseits wegen eigener Verbindlichkeiten die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu verhindern und ihn den Nachlaßgläubigern zu erhalten, andererseits die Nachlaßgläubiger lediglich auf die Nachlaßgegenstände zu verweisen und dadurch, daß er sie ihnen zur Verfügung stellt, sich selbst von jeder Verantwortung zu befreien und

[1]) Der § 894 C.P.O. ist auf Verurteilungen zur Abgabe einer Willenserklärung z. B. einer Abtretungserklärung unter dem Vorbehalte einer beschränkten Haftung gemäß § 780 das. nicht anwendbar (R.G. 49 S. 417).

den Zugriff auf sein eigenes Vermögen abzuwenden (beneficium separationis). Diesem Zwecke dient die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, ev. die Herausgabe des Nachlasses gemäß §§ 1990 bis 1992; die Haftung des Erben beschränkt sich alsdann auf den Nachlaß bzw. die dort bezeichneten Verpflichtungen; er ist jeder weiteren Verantwortlichkeit für die Absonderung und Verwaltung des Nachlasses überhoben (§§ 1975, 1990 bis 1992 cit.). Vgl. dagegen § 2013 (unbeschränkte Haftung).

1. Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen (vgl. jedoch z. B. §§ 889, 1163, 1168, 1256 Abs. 2, 2175) Rechtsverhältnisse gelten bei Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses als nicht erloschen (§ 1976); ihre Wiederherstellung tritt mit dinglicher Wirkung ein, indem die Vereinigung ex tunc erlischt, so daß die Nebenrechte bestehen, Bürgen und Pfänder z. B. verhaftet bleiben. Vgl. noch § 2143 (Nacherbfolge).

2. Die Aufrechnung, welche vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder vor der Konkurseröffnung

α) ein Nachlaßgläubiger mit seiner Forderung gegen eine nicht zum Nachlaß gehörende, also eigene, Forderung des Erben ohne dessen Zustimmung,

β) ein Gläubiger, der nicht Nachlaßgläubiger ist, mit seiner privaten Forderung an den Erben gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung bewirkt hat, ist als nicht erfolgt anzusehen (§ 1977)[1]).

Hat der Erbe der Aufrechnung zu α konsentiert, so steht ihm nur ein Kondiktionsanspruch gemäß §§ 812 ff. zu.

3. Der Erbe ist bei Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses, der das Objekt ihrer Befriedigung bilden soll, obligatorisch verantwortlich[2]). Seine Verantwortlichkeit bestimmt sich in der Weise, daß auf die vor der Annahme der Erbschaft von ihm besorgten erbschaftlichen Geschäfte die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechende Anwendung

[1]) Dies gilt auch, wenn der Erbe nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs. 2).

[2]) Wegen der Verantwortlichkeit des unbeschränkt haftenden Erben vgl. § 2013, wegen der des Käufers des Erbteils eines Miterben nach Übertragung an die Miterben vgl. § 2036.

finden, während er von der Annahme der Erbschaft an als ein mit der Führung der Verwaltung Beauftragter erachtet wird; hiernach wird der Erbe auch zur Rechenschaftsablegung (§§ 666, 681, 259 ff.) verpflichtet sein. Die aus dieser Verantwortlichkeit sich ergebenden Ansprüche gelten als zum Nachlasse gehörend. Andrerseits sind dem Erben Aufwendungen aus dem Nachlasse zu ersetzen, soweit er nach den Vorschriften über den Auftrag oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 670, 683, 684) Ersatz verlangen könnte (§§ 1978, 1991 Abs. 1, 2013 Abs. 2); dagegen § 2013 Abs. 1 (unbeschränkte Haftung). Wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht, so müssen die Nachlaßgläubiger die durch den Erben bewirkte Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit, selbst einer Vermächtnisforderung, als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, so daß sie den Erben um deswillen nicht in Anspruch nehmen können (§§ 1979, 1991 Abs. 1, 2013 Abs. 2, dagegen § 2013 Abs. 1), ihm vielmehr solche Aufwendung ebenfalls ersetzen müssen. — Wegen seiner Aufwendungen steht dem Erben das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 zu, jedoch nicht im Nachlaßkonkurse (§§ 223, 224, 231 bis 233 K.O.). — Der Erbe haftet, wenn er nicht unverzüglich (§ 121) nach erlangter Kenntnis von der Überschuldung des Nachlasses die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt[1]), den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden[2]), vgl. jedoch §§ 1990 ff.; bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses bleiben übrigens die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen, nicht aber die aus Pflichtteilsansprüchen, außer Betracht. Der Kenntnis der Überschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich. Als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt, obwohl er zur Annahme des Vorhandenseins unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten Grund hat; das Aufgebot ist nicht erforderlich, so daß der Erbe, der es nicht beantragt, nicht fahrlässig handelt, wenn die Kosten des Verfahrens dem Nachlaßbestande gegenüber unverhältnismäßig groß sind (§ 1980).

4. Der Erbe kann im Falle der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses verlangen, daß Maßregeln der Zwangsvollstreckung, die zugunsten eines Nachlaßgläubigers in sein nicht zum Nachlasse gehörendes Vermögen erfolgt sind, auf-

[1]) Die Antragsberechtigung bestimmt sich nach den §§ 217 bis 220 K.O.

[2]) Der Erbe soll sich also nicht rein passiv verhalten. Die Schadenersatzpflicht des Erben sichert die Nachlaßgläubiger trotz seiner grundsätzlich beschränkten Haftung.

gehoben werden, es sei denn, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten bereits unbeschränkt haftet (§§ 784 Abs. 1, 785 C.P.O.).

5. Die Bestimmung einer Inventarfrist wird infolge Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Konkurseröffnung unwirksam, sie ist während der Dauer der Verwaltung und des Konkurses unzulässig (§ 2000).

b) Die Nachlaßverwaltung insbesondere.

1. Das Nachlaßgericht hat die Nachlaßverwaltung anzuordnen [1])

α) schlechthin auf Antrag des Erben [2]). Dessen Antragsberechtigung wird weder durch das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers noch dadurch ausgeschlossen, daß der Erbe einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs. 1 und 2). Der Testamentsvollstrecker ist nicht antragsberechtigt (§ 2205). In den Fällen des § 2008 wird die Antragsbefugnis jedem der beiden Ehegatten gebühren (vgl. für den Nachlaßkonkurs § 218 K.O.),

β) auf Antrag eines Nachlaßgläubigers nur dann, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird (beneficium separationis). Nach Ablauf von zwei Jahren seit der Erbschaftsannahme ist ein solcher Antrag eines Gläubigers nicht mehr zulässig (§ 1981). Dagegen wird er durch die unbeschränkte Haftung des Erben nicht gehindert, ebensowenig dadurch, daß der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist (vgl. dagegen § 219 K.O.).

In beiden Fällen kann das Gericht beim Nichtvorhandensein einer den Kosten entsprechenden Masse die Anordnung der Nachlaßverwaltung ablehnen; dagegen hat es die erfolgte Anordnung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen (§§ 1982, 1983).

2. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung bewirkt:

α) Der Erbe verliert die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und darüber zu verfügen; die Verfügungsbeschränkung wird in das Grundbuch einzutragen sein.

αα) Die Vorschriften der §§ 7, 8 K.O., welche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und Leistungen an ihn nach der

---

[1]) Vgl. § 76 R.G.F.G.

[2]) Seitens der Miterben ist gemeinschaftlicher Antrag erforderlich (§ 2062).

Konkurseröffnung betreffen, finden entsprechende Anwendung; vgl. oben S. 297 ff.

ββ) Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden (§ 1984 Abs. 1); dem Erben steht insoweit, also nicht, wenn er als persönlich haftend belangt wird, der Einwand der mangelnden Passivlegitimation zu.

β) Ein bereits anhängiges Prozeßverfahren wird unterbrochen, bis der Nachlaßverwalter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Verwalter anzeigt (§ 241 Abs. 2 C.P.O.)[1].

γ) Zwangsvollstreckungen und Arreste in den Nachlaß zugunsten eines Gläubigers, der nicht Nachlaßgläubiger ist, sind ausgeschlossen (§ 1984 Abs. 2); vorher erfolgte Vollstreckungsmaßregeln in den Nachlaß zugunsten eines Nachlaßgläubigers oder eines persönlichen Gläubigers sind auf Verlangen des Verwalters gemäß §§ 784 Abs. 2, 785 C.P.O. aufzuheben (vgl. noch § 221 K.O.).

δ) Der Nachlaßverwalter hat den Nachlaß wie ein Pfleger (vgl. § 1915) zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen (§ 1985 Abs. 1); er ist bei Überschuldung des Nachlasses zum Antrag auf Konkurseröffnung berechtigt (§§ 217, 215 K.O.). Eine Inventarfrist kann ihm nicht bestimmt werden (§ 2012). Wird das Urteil über eine Nachlaßverbindlichkeit gegen ihn erlassen, so ist der Vorbehalt aus § 780 C.P.O. nicht erforderlich.

αα) Der Nachlaßverwalter ist für die Verwaltung des Nachlasses, z. B. bei schuldhafter Unterlassung des Antrags auf Konkurseröffnung, auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich. Die aus dieser Verantwortlichkeit sich ergebenden Ansprüche gelten als zum Nachlasse gehörend. Die für den Erben geltenden Vorschriften der §§ 1979, 1980 finden entsprechende Anwendung (§ 1985 Abs. 2). Deshalb müssen die Nachlaßgläubiger die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit durch den Verwalter als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Verwalter den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht.

ββ) Der Verwalter darf den Nachlaß dem Erben erst nach Berichtigung der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten aus-

[1]) Vgl. dagegen § 246 C.P.O.

antworten; ist die Berichtigung zurzeit nicht ausführbar, oder eine Verbindlichkeit streitig, so muß den Gläubigern Sicherheit geleistet werden (§ 1986). Später auftretenden Gläubigern gegenüber haftet der Erbe, wenn nicht ein Fall seiner unbeschränkten Haftung eingetreten ist, nur mit dem Nachlaßüberschuß unter Berücksichtigung der ihnen aus seiner Geschäftsführung erwachsenen Ansprüche, im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern und den ihnen nach § 1974 gleichstehenden nur nach Maßgabe des § 1973.

$\gamma\gamma$) Der Verwalter kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen (§ 1987).

3. Die Nachlaßverwaltung endigt von selbst mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Sie kann aber ferner aufgehoben werden, wenn sich ergibt, daß eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist (§ 1988).

c) Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses setzt die Überschuldung des Nachlasses voraus. Sie wird durch die unbeschränkte Haftung des Erben nicht gehindert, kann aber seitens eines Nachlaßgläubigers nach Verlauf von zwei Jahren seit der Annahme der Erbschaft nicht mehr beantragt werden (§§ 214 ff. K.O.). Dem Erben steht wegen der ihm nach den §§ 1978, 1979 aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht im Konkurse nicht zu, dagegen gehört seine Ersatzforderung zu den Masseschulden (§§ 223, 224, 231, 232, 233 K.O.). — Ist der eröffnete Konkurs entweder durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt, so finden auf die fernere Haftung des Erben die Vorschriften des § 1973 wie bei dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger entsprechende Anwendung. Der Erbe kann mithin, sofern er nicht unbeschränkt haftet (§ 2013), die Befriedigung eines im Konkurse, z. B. wegen Nichtanmeldung, nicht befriedigten Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch Befriedigung der berücksichtigten Gläubiger erschöpft wird. Dagegen hat er einen Überschuß zum Zwecke der Befriedigung eines im Konkurse nicht berücksichtigten Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben; er kann aber die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Werts abwenden, obwohl er grundsätzlich cum viribus hereditatis haftet. Auch hier wirkt die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines im Konkurse

nicht berücksichtigten Gläubigers einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung (§ 1989). Zur Abwendung der unbeschränkten Haftung bedarf es der Inventarerrichtung nicht (§ 2000), mag die Inventarfrist vor der Konkurseröffnung oder nachher gesetzt sein. Nach der Nachlaßteilung haftet jeder Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlaßverbindlichkeit (§ 2060 Nr. 3).

Ob der Erbe für die Vergleichsdividende persönlich haftet, muß aus dem Inhalt des Vergleichs entnommen werden (§ 133).

d) Für den Fall, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist — die Untunlichkeit kann nicht bloß durch den Nachweis der Ablehnung des Eröffnungsantrags dargetan werden —, oder daß aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt wird, muß dem Erben zur Geltendmachung der beschränkten Haftung ein anderes Mittel gewährt werden[1]). Deshalb wird ihm in einem solchen Falle (vgl. jedoch § 2013 Abs. 1) die Befugnis eingeräumt, die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, ihm aber zugleich, wenn er von dieser Befugnis Gebrauch machen will, die Verpflichtung auferlegt, den Nachlaß, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung, herauszugeben; abweichend von den §§ 1973, 1989 und 1992 kann der Erbe die Herausgabe durch Zahlung des Werts hier nicht abwenden. Das Recht des Erben wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat (§ 1990). Weist der Erbe eine der Voraussetzungen des § 1990 cit. für die Beschränkung seiner Haftung nach, so ist er, ohne daß die Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten festgestellt wird, auf seine Einrede nur zu verurteilen, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung wegen und in Höhe dessen Forderung an ihn herauszugeben. Hierin liegt zugleich der Vorbehalt aus § 780 C.P.O.; der Einwand der mangelnden Passivlegitimation steht dem Erben abweichend von § 1984 gegenüber dem Nachlaßgläubiger nicht zu. Bei der Zwangsvollstreckung bleibt auch hier die

[1]) Vgl. §§ 419, 1480, 1498, 1504, 2036, 2145; § 786 C.P.O.

Beschränkung der Haftung unberücksichtigt, bis von dem Erben gemäß §§ 781, 785 C.P.O. Einwendungen erhoben werden, z. B. aus § 1991. Auch die Prozeßkosten treffen nur den Erben als solchen, so daß er nicht persönlich dafür haftet (§ 1967 Abs. 2).

Durch die Herausgabe des Nachlasses (§ 2009) wird die Absonderung desselben von dem übrigen Vermögen des Erben wie durch Anordnung der Nachlaßverwaltung und Eröffnung des Nachlaßkonkurses herbeigeführt. Hieraus ergibt sich:

1. Die Verantwortlichkeit des Erben für seine bisherige Verwaltung, und sein Ersatzanspruch für Aufwendungen bestimmt sich nach § 1978; insbesondere müssen die Nachlaßgläubiger die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit durch den Erben als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche (§ 1979). Der Erbe wird deshalb auch das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 2 ausüben können.

2. Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Erben als nicht erloschen.

3. Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers wirkt einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung; ein Urteil ohne Vorbehalt (§ 780 Abs. 1 C.P.O.) reicht naturgemäß nicht aus (§ 2013).

4. Die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen hat der Erbe so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden; die Nichtbeobachtung dieser Reihenfolge macht ihn haftbar (§ 1991). Im übrigen hat er eine bestimmte Rangordnung der Nachlaßgläubiger hier nicht zu berücksichtigen; vielmehr entscheidet die Prävention.

e) Beruht die Überschuldung des Nachlasses lediglich auf Vermächtnissen und Auflagen, so soll die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vermieden werden. Deshalb wird dem Erben in solchem Falle schlechthin, also auch bei dem Vorhandensein einer zur Konkurseröffnung ausreichenden Masse, die Befugnis eingeräumt, die Berichtigung dieser Verbindlichkeiten nach Maßgabe der unter d erörterten Grundsätze zu bewirken; der Erbe kann aber hier die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände auch durch Zahlung

des Werts abwenden und sich dieselben dadurch erhalten (§§ 1992, 2187). Vgl. dagegen § 2013 Abs. 1 (unbeschränkte Haftung).

IV. Inventarerrichtung, Auskunftserteilung (§§ 1993 bis 2012).

a) Die Inventarerrichtung dient dem Zwecke, den ursprünglichen Nachlaßbestand in zuverlässiger Weise festzustellen. Deshalb ist sie ein Recht, aber auch eine Pflicht des Erben. Berechtigt zur Einreichung des Nachlaßverzeichnisses ist der Erbe jederzeit, verpflichtet nur dann, wenn ihm das Nachlaßgericht auf Antrag eines Nachlaßgläubigers eine Frist hierzu (Inventarfrist) bestimmt hat; solche Fristbestimmung ist die unerläßliche Voraussetzung seiner Verpflichtung (§§ 1993, 1994 Abs. 1)[1].

1. Zum Antrag berechtigt ist jeder Nachlaßgläubiger, auch der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene; er hat seine Forderung glaubhaft zu machen. Die Richtigkeit der Forderung ist jedoch ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Fristbestimmung (§ 1994 Abs. 2).

2. Ist eine Ehefrau die Erbin, und gehört die Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute, so muß, und zwar im letzteren Falle auch nach der Beendigung der Gütergemeinschaft, die Bestimmung der Inventarfrist, um wirksam zu sein, auch dem Manne gegenüber erfolgen (§ 2008).

3. Die Inventarfrist soll mindestens einen Monat, höchstens 3 Monate betragen. Sie beginnt mit der Zustellung des Beschlusses, durch den die Frist bestimmt wird, frühestens jedoch mit der Annahme der Erbschaft. Sie endigt, wenn der Erbe vor ihrem Ablauf verstirbt, nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist; in den Fällen des § 2008 (2) tritt ihr Ende der Frau gegenüber nicht ein, solange sie nicht dem Manne gegenüber verstrichen ist. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs. 1 und § 206 (Hemmung, Vollendung) entsprechende Anwendung. Die Frist läuft mithin auch gegenüber einer geschäftsunfähigen Person, sofern sie nur einen gesetzlichen Vertreter hat, so daß auch ihre Versäumung durch den Vormund schadet.

α) Auf Antrag des Erben kann das Nachlaßgericht die Frist nach seinem Ermessen verlängern.

---

[1]) Vgl. § 77 R.G. F.G.

β) Das Gericht hat dem Erben auf seinen Antrag eine neue Inventarfrist zu bestimmen, wenn der Erbe

entweder an der rechtzeitigen Inventarerrichtung bzw. der Beantragung (α) einer den Umständen nach gerechtfertigten Verlängerung der Inventarfrist durch höhere Gewalt verhindert worden ist,

oder von der Zustellung des die Inventarfrist bestimmenden Beschlusses ohne sein Verschulden Kenntnis nicht erlangt hat (§§ 1995 bis 1998).

4. Die Bestimmung einer Inventarfrist wird unwirksam, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet wird, alsdann beschränkt sich ja die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ohnehin auf den Nachlaß (§ 1975). Deshalb ist auch während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses die Bestimmung einer Inventarfrist unzulässig (§ 2000).

5. Die Inventarfrist ist dem Erben zu setzen, also nicht dem Testamentsvollstrecker.

Sie kann nicht bestimmt werden (§§ 2011, 2012)

α) dem Fiskus als gesetzlichem Erben,

β) einem nach den §§ 1960, 1961 bestellten Nachlaßpfleger,

γ) dem Nachlaßverwalter.

Der mit der Nichteinreichung gemäß § 1994 verbundene Rechtsnachteil der unbeschränkten Haftung tritt mithin für diese Personen nicht ein.

b) Das Inventar soll eine vollständige Angabe der bei dem Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände und der Nachlaßverbindlichkeiten, einschließlich der Vermächtnisse, Auflagen usw. enthalten; außerdem soll eine Beschreibung der Nachlaßgegenstände, soweit eine solche zur Wertsbestimmung erforderlich ist, und die Wertsangabe darin enthalten sein (§ 2001).

1. Der Erbe hat die Wahl, ob er das Inventar selbst aufnehmen lassen oder die Vermittelung des Nachlaßgerichts in Anspruch nehmen will.

α) Im Falle privater Aufnahme muß der Erbe zu derselben eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar zuziehen (§ 2002), auch bei Überschuldung des Nachlasses und ebenso zu der bloßen Anzeige des Nichtvorhandenseins von Nachlaßgegenständen. Das privatschriftliche Inventar ist damit beseitigt.

β) Die behördliche Aufnahme erfolgt auf Antrag des Erben, auch eines Miterben (K.G. R. 03 S. 19) und zwar

entweder durch das Nachlaßgericht selbst (vgl. jedoch Art. 148 E.G.)

oder durch eine von dem Gerichte beauftragte zuständige Behörde oder durch einen von ihm beauftragten zuständigen Beamten oder Notar [1]). Die Behörde, der Beamte oder Notar hat auch das Inventar bei dem Nachlaßgericht einzureichen.

Der Erbe ist in beiden Fällen verpflichtet, die zur Aufnahme erforderliche Auskunft zu erteilen (§ 2003).

2. Befindet sich bei dem Nachlaßgericht schon ein den Vorschriften unter 1 entsprechendes, z. B. von dem Nachlaßverwalter errichtetes Inventar, so genügt es, wenn der Erbe vor dem Ablaufe der Inventarfrist dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt, daß das Inventar als von ihm eingereicht gelten solle (§ 2004) [2]).

c) Das Inventar muß vor dem Ablauf der Inventarfrist (a) in der vorgeschriebenen Form (b) errichtet, d. h. bei dem Nachlaßgericht eingereicht werden; doch wird durch die Stellung des Antrags auf behördliche Inventaraufnahme die Inventarfrist gewahrt (§ 2003 Abs. 1); vgl. noch § 2005 (Ob. Trib. 15 S. 108). Die Errichtung des Inventars durch den Mann kommt in den Fällen des § 2008 der erbenden Frau zustatten [2]).

1. Ist das Inventar rechtzeitig errichtet worden, so wird im Verhältnisse zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern vermutet, daß zur Zeit des Erbfalls weitere Nachlaßgegenstände als die angegebenen nicht vorhanden gewesen seien (§ 2009).

2. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn er

entweder die Inventarfrist nicht wahrt (§§ 1994 Abs. 1, 2003, 2004),

oder im Falle des § 2003 die Erteilung der Auskunft verweigert bzw. absichtlich in erheblichem Maße verzögert,

oder absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angabe der Nachlaßgegenstände herbeiführt oder in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit bewirkt (§ 2005 Abs. 1).

---

[1]) Vgl. Art. 108 ff. P.G. F.G.

[2]) Vgl. §§ 2063, 2144, 2383.

Zur Abwendung der unbeschränkten Haftung bedarf es der Inventarerrichtung nicht, wenn der Nachlaßkonkurs entweder durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt ist (§ 2000).

3. Ist die Angabe der Nachlaßgegenstände unvollständig, ohne daß jedoch die Voraussetzungen für die unbeschränkte Haftung des Erben (2) vorliegen, so kann dem Erben zur Ergänzung eine neue Inventarfrist bestimmt werden (§ 2005 Abs. 2).

4. Mit der Errichtung des Inventars verliert der Erbe die aufschiebende Einrede aus § 2014 gegen die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit.

d) Eine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inventars wird durch die Verpflichtung des Erben zur Leistung des Offenbarungseides geschaffen. Mit der Ausschlagung der Erbschaft fällt die Verpflichtung fort (K.G. Joh. 20 S. 256).

1. Die Verpflichtung besteht auch bei behördlicher Aufnahme des Inventars.

2. Sie hat lediglich das Verlangen eines Nachlaßgläubigers zur Voraussetzung.

3. Der Eid wird vor dem Nachlaßgerichte geleistet.

4. Er bezieht sich nicht auf die Nachlaßverbindlichkeiten, da der Erbe nur zu schwören hat, daß er nach bestem Wissen die Nachlaßgegenstände so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

5. Der Anspruch auf Leistung dieses Eides wird nicht im Wege eines ordentlichen Rechtsstreits, wie nach § 1978 zur Anerkennung gebracht. Ein Zwang wird nur indirekt dadurch ausgeübt, daß der Erbe dem Antragsteller, nicht wie unter 2 allen Nachlaßgläubigern, unbeschränkt haftet, wenn er

entweder die Leistung des Eides verweigert,

oder in dem Termine bzw. einem auf Antrag des Gläubigers bestimmten neuen Termine ausbleibt; diese Haftung tritt aber nicht ein, wenn ein genügender Entschuldigungsgrund für das Nichterscheinen vorliegt.

6. Eine wiederholte Leistung des Eides kann derselbe Gläubiger oder ein anderer Gläubiger nur verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß dem Erben nach der Eidesleistung weitere Nachlaßgegenstände bekannt geworden sind (§ 2006)[1].

---

[1]) Vgl. § 79 R.G. F.G.

e) Der Fiskus als gesetzlicher Erbe, in gleicher Weise aber auch ein nach den §§ 1960, 1961 bestellter Nachlaßpfleger und der Nachlaßverwalter, ist den Nachlaßgläubigern gegenüber zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses verpflichtet (§§ 2011, 2012).

V. **Unbeschränkte Haftung des Erben** (§§ 1994, 2005 ff., 2013).

a) Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten nur dann unbeschränkt,

1. wenn er die gerichtlich bestimmte Inventarfrist nicht wahrt (§ 1994 Abs. 1),

2. wenn er die Erteilung der Auskunft für die gerichtliche Aufnahme des Inventars verweigert oder absichtlich in erheblichem Maße verzögert (§§ 2003 Abs. 2, 2005 Abs. 1),

3. wenn er absichtlich ein unrichtiges Inventar herstellt (§ 2005 Abs. 1 cit.),

b) Der Erbe kann sich einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung nicht berufen,

1. wenn ihm die Geltendmachung dieser Beschränkung einem Nachlaßgläubiger gegenüber entgegen dem § 780 C.P.O. im Urteil nicht vorbehalten ist.

2. wenn er auf die Beschränkung einem Nachlaßgläubiger gegenüber rechtsgeschäftlich verzichtet hat; der Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter ist zu solchem Verzicht nicht befugt (§ 1012),

3. wenn er sich der von einem Nachlaßgläubiger verlangten Manifestierung des Inventars entzieht (§ 2006 Abs. 3),

4. in einzelnen besonderen Fällen z. B. §§ 884, 1137, 1211.

c) Ist ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen, z. B. als Ehegatte und als Verwandter (§ 1934), so bestimmt sich seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten in Ansehung eines jeden der Erbteile so, wie wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten. Daher kann es kommen, daß beispielsweise der Erbe, der infolge der Verabsäumung der ihm als Ehegatten bestimmten Inventarfrist insoweit unbeschränkt haftet, im übrigen die Beschränkung seiner Haftung vorzuschützen vermag. In den Fällen der Anwachsung (§ 2095) und des § 1935 (Wegfall eines gesetzlichen Erben) gilt dies nur dann, wenn die Erbteile, z. B. mit Vermächtnissen, verschieden beschwert sind (§ 2007).

d) Die unbeschränkte Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten hat eine weittragende Bedeutung (§ 2013).

1. Der Erbe ist abweichend von § 1981 Abs. 1 nicht berechtigt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen; auch für das Aufgebotsverfahren fehlt ihm die Antragsberechtigung (§ 991 Abs. 1 C.P.O.; vgl. jedoch § 997 Abs. 2 das.); zu dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens ist er dagegen befugt (§§ 217 Abs. 1, 216 Abs. 1 K.O.).

Haftet der Erbe nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt, so wird sein Recht, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen, ebensowenig wie seine Antragsberechtigung in Ansehung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger (§ 991 C.P.O.) ausgeschlossen.

2. Der Erbe kann sich gegenüber einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger bzw. dem einem solchen gleichstehenden Gläubiger auf die Vorschriften der §§ 1973 und 1974, insbesondere die dort statuierte peremtorische Einrede, nicht berufen; solche Berufung ist nur zulässig, wenn seine unbeschränkte Haftung erst nach der im Aufgebotsverfahren erfolgten oder der fingierten Ausschließung des Gläubigers eintritt, sie ist unzulässig, wenn seine unbeschränkte Haftung schon vorher eingetreten ist.

3. Der Erbe kann auch nach der Erbschaftsannahme die Zwangsversteigerung eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks, aus dem ein Nachlaßgläubiger für seine Forderung ein Recht auf Befriedigung hat, nicht beantragen (§ 175 Zw.G.).

4. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung, die ja auch auf Antrag eines Nachlaßgläubigers stattfinden kann, begründet ebensowenig wie die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Beschränkung der Haftung des bereits unbeschränkt haftenden Erben; vgl. noch § 784 C.P.O.

5. Die Vorschriften der §§ 1977 bis 1980 (Aufrechnung, Verantwortlichkeit, Ersatz von Aufwendungen), 1889 bis 1992 (oben III c, d und e) und 2014, 2015 (aufschiebende Einreden) nebst § 783 C. P. O., welche die Rechtsstellung des Erben bei Beschränkung seiner Haftung betreffen, finden keine Anwendung, die der §§ 1977 bis 1980 cit. werden jedoch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Erbe nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet (§ 2013).

6. Der Nachlaßgläubiger, welcher gegenüber der Einrede des Erben aus § 780 C. P. O. dessen unbeschränkte Haftung geltend macht, hat den Eintritt der Voraussetzungen einer solchen nachzuweisen.

VI. Aufschiebende Einreden (§§ 2014 bis 2017).

a) Vor der Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben[1]) gerichtlich geltend gemacht werden (§ 1958). Ebensowenig ist der Erbe vor Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung eines durch den Tod des Erblassers unterbrochenen Rechtsstreits verpflichtet (§ 239 Abs. 5, § 246 C.P.O.). Auch ist wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß vor der Annahme der Erbschaft nicht zulässig (§ 778 Abs. 2 C.P.O.). Denn bis dahin befindet sich infolge des Ausschlagungsrechts des Erben der definitive Erbschaftserwerb noch in der Schwebe. Allein die Verhältnisse liegen häufig so, daß der Erbe während der kurzen Ausschlagungsfrist nicht imstande ist, sich über die Lage des Nachlasses vollständig zu unterrichten, die Errichtung des Inventars vorzunehmen und sich über die volle Befriedigung der Nachlaßgläubiger oder die Art der Geltendmachung der beschränkten Haftung schlüssig zu machen. Deshalb wird dem Erben, also auch dem Nachlaßverwalter (§§ 1975, 1984) die Berechtigung eingeräumt, bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft, jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern (§ 2014).

b) Eines weiteren Schutzes bedarf der Erbe, also auch der Nachlaßverwalter (§§ 1975, 1984), welcher sich zur Ermittelung der Nachlaßschulden des Aufgebotsverfahrens bedient. Da er mit der Möglichkeit rechnen muß, daß unbekannte Nachlaßgläubiger vorhanden sind, deren Ausschließung das Verfahren bezweckt, so kann er vor dessen Erledigung nicht übersehen, ob er nicht durch Befriedigung eines Gläubigers die Interessen anderer verletzen würde. Deshalb erwächst ihm aus der Zulassung seines Antrags auf das Aufgebot die Berechtigung, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern. Diese Berechtigung hängt jedoch zur Vermeidung etwaiger Verschleppungen davon ab, daß der Erbe den Aufgebotsantrag innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt hat; ein späterer Antrag ist an sich zulässig, gewährt aber die in Rede stehende Einrede nicht.

1. Der Beendigung des Aufgebotsverfahrens steht es gleich, wenn der Erbe in dem Aufgebotstermine nicht erschienen ist und

---

[1]) Aber gegen den Nachlaßpfleger (§ 1960 Abs. 3) und gegen den Testamentsvollstrecker (§ 2213 Abs. 2).

nicht binnen zwei Wochen die Bestimmung eines neuen Termins beantragt, oder wenn er auch in dem neuen Termine nicht erscheint.

2. Wird das Ausschlußurteil im Verfahren erlassen oder der Antrag auf Erlassung zurückgewiesen, so ist das Verfahren nicht vor dem Ablauf einer mit der Verkündung der Entscheidung beginnenden Frist von zwei Wochen und nicht vor der Erledigung einer rechtzeitig eingelegten Beschwerde als beendigt anzusehen (§ 2015).

c) Der provisorische Nachlaßpfleger, der vor der Annahme der Erbschaft bestellt wird (§§ 1960, 1961), kann sich, ebenso wie der Testamentsvollstrecker, auf § 1958 nicht berufen; die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, ist gegen ihn mithin schon vor der Annahme der Erbschaft zulässig. Dagegen stehen auch einem solchen Pfleger die aufschiebenden Einreden aus den §§ 2014, 2015 zu; die dort bestimmten Fristen beginnen hier mit der Bestellung (§ 2017).

d) Der Zweck der in Rede stehenden Einreden geht dahin, dem Erben Zeit zur Überlegung zu verschaffen, ob und in welcher Weise er von seinem Rechte auf beschränkte Haftung Gebrauch machen und dieserhalb namentlich den Nachlaßkonkurs eröffnen lassen will. Die Einreden finden deshalb keine Anwendung, wenn der Erbe unbeschränkt haftet (§ 2016 Abs. 1). Aber selbst, wenn er beschränkt haftet, darf er sie nicht vorschützen, soweit ein Gläubiger nach § 1971 von dem Aufgebote nicht betroffen wird, d. h. also ein ihm in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände zustehendes Pfand-, Immobiliar- oder Vorzugsrecht (Vormerkung, Aussonderung) geltend macht. Entsteht jedoch ein derartiges Recht erst nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder der einstweiligen Verfügung, so bleibt es, entsprechend dem § 221 K.O. außer Betracht (§ 2016 Abs. 2), es ist mithin gegen die aufschiebenden Einreden des Erben ausnahmsweise nicht geschützt, dieser kann vielmehr in Gemäßheit derselben seine Berichtigung verweigern.

e) Die Bedeutung der aufschiebenden Einreden des Erben erhellt daraus,

1. daß sie den Beginn oder Lauf der Verjährung nicht hemmen (§ 202 Abs. 2),

2. daß sie dagegen den Erben gegen die Folgen des Verzugs sichern (§ 285), deshalb auch gemäß § 93 C.P.O. gegen die Kostenlast,

3. daß durch ihre Geltendmachung eine gerichtliche Belangung, sowie eine unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung (§ 780 C.P.O.) ergehende Verurteilung des Erben zwar nicht ausgeschlossen wird (§ 305 Abs. 1 C.P.O.),

4. daß jedoch auf Grund dieser Einreden der Erbe die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der §§ 782, 783, 785 C.P.O., also mittelst einer bei dem Prozeßgericht erster Instanz zu erhebenden Klage, verlangen kann. Der Anspruch des Erben richtet sich darauf, daß die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen und bzw. in den Nachlaß für die Dauer der in den §§ 2014, 2015 bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. In Ansehung der Nachlaßgegenstände kann der Erbe diese Beschränkung der Zwangsvollstreckung auch gegenüber seinen persönlichen Gläubigern fordern, es sei denn, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In der Unterlassung der Erhebung solcher Klage kann eine Fährlässigkeit liegen, für die der Erbe den Nachlaßgläubigern haften würde.

§ 108.

Erbschaftsanspruch (§§ 2018 bis 2031).

I. Begriff und Voraussetzungen.

Das Verhältnis zwischen dem wirklichen Erben und dem, welcher sich tatsächlich als Erbe verhält (geriert), ist nicht lediglich nach Maßgabe der in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände sich ergebenden Einzelansprüche geregelt, vielmehr im Anschluß an das gem. Recht ein besonderer, von den Singularklagen zu unterscheidender Anspruch des Erben auf Ausfolgung der Erbschaft als eines Inbegriffs, eines Vermögens mit Aktiven und Passiven (Universalklage) zugelassen (vgl. noch §§ 27, 254 C.P.O.). Die Befugnis des Erben zur Erhebung der Einzelklagen wird dadurch nicht berührt. Hat er somit die Wahl, das durch Erbfolge erworbene Recht auf verschiedene Weise geltend zu machen, so darf er doch durch den Gebrauch der Einzelklagen den Erbschaftsbesitzer nicht in eine ungünstigere Rechtslage bringen. Deshalb bestimmt sich die Haftung des redlichen oder unredlichen Erbschaftsbesitzers auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen und sich auf die verletzten Einzelrechte stützen, nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§ 2029).

a) Der Erbschaftsanspruch (Universalklage) steht dem wahren Erben zu, dessen Erbrecht beeinträchtigt ist.

Überlebt eine für tot erklärte oder ohne Todeserklärung mit Unrecht für tot angenommene Person den Zeitpunkt, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt (§§ 18, 19), so kann sie die Herausgabe ihres Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen (hereditatis petitio utilis). Solange der für tot Erklärte oder Angenommene noch lebt, wird die Verjährung seines Anspruchs nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem er von der Todeserklärung oder der unrechtmäßigen Annahme seines Todes Kenntnis erlangt (§ 2031).

b) Die Erbschaftsklage kann sich nur gegen den Erbschaftsbesitzer, also denjenigen richten, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (§ 2018), und gegen denjenigen, der die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt, mithin im Verhältnis zum Erben einem Erbschaftsbesitzer gleichsteht (§ 2030). Erbschaftsbesitzer kann auch der Miterbe sein, wenn er den ganzen Nachlaß aus beanspruchtem eigenem Rechte in Besitz nimmt (K.G. R.02 S.533, 03 S. 362, R. d. O.L.G. 7 S. 137; R.G. J.W. Beil. 03 S. 64).

Wer, ohne sich das Erbrecht beizulegen, also nicht als Erbschaftsprätendent, einen Erbschaftsgegenstand dem Erben vorenthält, wer also z. B. nur pro possessore besitzt, sich als Dieb einer Nachlaßsache bemächtigt hat oder sich auf keinen, seinen Besitz rechtfertigenden Grund beruft, ist nicht Erbschaftsbesitzer; wesentlich ist hierfür das in der Anmaßung des Erbrechts liegende subjektive Moment. Gegen denjenigen, der bloß tatsächlich in die Erbschaft eingegriffen hat, oder z. B. als Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger sie ihm grundlos vorenthält, ist der Erbe schon durch die §§ 859ff., 857, 1007 ausreichend geschützt. Doch erstreckt sich die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen[1]), auch auf denjenigen, der, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat (§ 2027). Vgl. § 260 (oben S. 275ff.).

[1]) Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die unkörperlichen Gegenstände und bleibt insoweit bestehen, auch wenn die körperlichen Gegenstände dem Erbschaftsbesitzer schenkweise überlassen sind (R.G. J.W. Beil. 03 S. 104, R. 03 S. 432).

Ebenso ist jeder, der sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, also auch ein solcher Miterbe (R.G. 8 S. 161 ff., 33 S. 14 ff.), auf Verlangen des Erben (Miterben) zur Auskunftserteilung[1]) darüber, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat, und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist, und ev. auch zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet (§ 2028).

II. Gegenstand der Herausgabe.

a) Der Erbschaftsanspruch, der sich auf das Erbrecht stützt und die Herstellung des dem Inhalt dieses Rechts entsprechenden Zustandes bezielt, umfaßt alles, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt hat, also auch diejenigen Gegenstände, welche der Erblasser, ohne daß ihm ein Recht daran zustand, zur Zeit seines Todes lediglich im Besitz gehabt hat; er trägt mithin einen dinglichen Charakter.

1. Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt (Surrogation), z. B. durch Einziehung einer Erbschaftsforderung, entgeltliche Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes. Der hieraus erwachsende Anspruch gegen den Dritten, den Mitkontrahenten des Erbschaftsbesitzers, fällt ohne weiteres in die Erbschaft. Die Zugehörigkeit einer in solcher Weise erworbenen Forderung zur Erbschaft hat jedoch der Schuldner dieser Forderung (Drittschuldner), wie z. B. nach § 720 (Gesellschaft), erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 (Abtretung) finden entsprechende Anwendung (§ 2019).

2. Behauptet der Erbschaftsbesitzer den Verlust eines aus der Erbschaft erlangten Gegenstandes, so trifft ihn die Beweislast.

3. Der Erbschaftsbesitzer hat dem Erben auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben einschließlich der Früchte, an denen er, z. B. nach § 955, das Eigentum erworben hat, er muß mit Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger die Erbschaft und die Nutzungen als ein Ganzes zusammenhalten (§ 2020).

b) Der Erbschaftsanspruch ist keineswegs nur ein auf die gesamte Erbschaft erstreckter Bereicherungsanspruch. Allein soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten oder der

---

[1]) Diese Auskunftspflicht begreift nicht die des § 2027 in sich (R.G. D.J.Z. 02 S. 475, J.W. Beil. 02 S. 266).

Nutzungen außerstande ist, z. B. bei verzinslicher Anlegung baren Erbschaftsgeldes und Verbrauch der Zinsen, bestimmt sich seine (obligatorische) Verpflichtung lediglich nach den §§ 812 ff., 818 (§ 2021); hierbei muß in Ansehung der Frage, ob der Erbschaftsbesitzer bereichert ist, die Erbschaft als ein Ganzes in Betracht gezogen werden.

c) Der Erbschaftsbesitzer kann, abweichend von den §§ 994 ff., wegen aller auf die Erbschaft gemachten Verwendungen, selbst derjenigen, welche nicht notwendig waren und den Wert der Erbschaft nicht mehr erhöhen, Ersatz verlangen. Er ist nur gegen diesen Ersatz zur Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen verpflichtet; eine Ausnahme tritt ein, soweit die Verwendungen durch Anrechnung auf die nach § 2021 cit. herauszugebende Bereicherung gedeckt werden. Die für den Eigentumsanspruch geltenden Vorschriften der §§ 1001 bis 1003 (Verwendungen des Besitzers) finden gegenüber dem dinglichen Erbschaftsanspruch Anwendung.

1. Zu den Verwendungen gehören nicht bloß diejenigen, die der Erbschaftsbesitzer auf einzelne Nachlaßsachen, sondern auch diejenigen, die er zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft oder zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten macht.

2. Soweit der Erbe für die nicht auf einzelne Sachen gemachten Aufwendungen nach den allgemeinen Vorschriften, z. B. §§ 812 ff., in weiterem Umfange Ersatz zu leisten hat, bleibt dieser weitergehende Anspruch des Erbschaftsbesitzers unberührt (§ 2022).

d) Die Haftung des Erbschaftsbesitzers erweitert sich mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Erbschaftsanspruchs sowie im Falle seiner Bösgläubigkeit gemäß §§ 2023, 2024. Sie bestimmt sich nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen, wenn der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene strafbare Handlung, oder eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht (§ 858) erlangt hat; ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer haftet jedoch wegen verbotener Eigenmacht nach diesen Vorschriften nur, wenn der Erbe den Besitz der Sache, der nach § 857 ohne weiteres auf ihn übergeht, bereits tatsächlich ergriffen hatte (§ 2025).

III. Beschränkung der Einwendungen.

Der Erbschaftsbesitzer kann sich dem Erben gegenüber, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, nicht auf die Ersitzung einer

Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitze hat (§ 2026). Der Beginn der Verjährung bestimmt sich, wenn die Entstehung des Erbschaftsanspruchs von der Ausübung eines dem Erben zustehenden Anfechtungsrechts abhängt, nach den §§ 198, 200, 2031. Vgl. oben S. 221.

§ 109.

Mehrheit von Erben (§§ 2032 bis 2063)[1]).

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander (§§ 2032 bis 2057).

a) Während des Bestehens der Gemeinschaft.

1. Das Rechtsverhältnis der Miterben ist nach den Grundsätzen der Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand gestaltet (Ob.Trib. 35 S. 352, St.A. 26 S. 27; R.G. 9 S. 272). Danach wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben (§ 2032 Abs. 1). Kein Miterbe kann über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen verfügen (§ 2033 Abs. 2); dieser Anteil unterliegt deshalb auch nicht der Pfändung, der Anteil eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücke nicht der Zwangsvollstreckung (K.G. D.J.Z. 00 S. 186, Joh. 20 S. 85). Der Verpflichtete darf, wenn ein Anspruch zum Nachlasse gehört, nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten, über einen Nachlaßgegenstand kann von den Erben nur gemeinschaftlich verfügt werden (§§ 2539, 2040). Deshalb können einzelne Miterben vor der Teilung keine Verfügung treffen, durch die der ganze Nachlaß verpflichtet wird. Dies gilt auch von dem Anerkenntnis einer Verbindlichkeit (R.G. J.W. Beil. 02 S. 208, R. 02 S. 269, Gr. 02 S. 664). Dagegen steht jedem Miterben die freie (dingliche) Verfügung (Veräußerung, Verpfändung) in Ansehung seines Anteils am Nachlasse[2]) oder eines Bruchteils dieses Anteils zu (R.G. R. 01 S. 567; R.G. 49 S. 408); ein derartiger Vertrag bedarf wie der Erbschaftskauf (§ 2371) der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2033); vgl. noch § 2037. Verkauft in solcher Weise ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten, so sind die übrigen Miterben zum Vorkaufe berechtigt und dadurch gegen den Eintritt des fremden

[1]) Vgl. noch §§ 37, 39 Gr.O.; Art. 10 A.G. z. Gr.O.

[2]) Dieser Anteil, aber nicht der an den einzelnen Nachlaßgegenständen, ist der Pfändung unterworfen (§ 859 C.P.O.). Unwirksam ist deshalb auch der Vertrag, durch welchen der Miterbe die obligatorische Verpflichtung zur Verfügung über den Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen, z. B. zur Abtretung des Anteils an einer Hypothek des Erblassers, übernimmt (R.G. J.W. Beil. 03 S. 26).

Käufers in ihre Gemeinschaft geschützt; die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts beträgt 2 Monate (§ 2034).

α) Das Vorkaufsrecht ist vererblich (§ 2034 Abs. 2). Vgl. § 514 (obligatorischer Vorkauf).

β) Es ist dinglicher Natur, begründet nicht bloß einen Schadenersatzanspruch gegen den Verkäufer, steht den Miterben nicht bloß gegen diesen zu, sondern kann nach Übertragung des verkauften Anteils auf den Käufer nunmehr letzterem gegenüber ausgeübt werden, während es mit dieser Übertragung dem Verkäufer gegenüber erlischt. Deshalb hat Verkäufer die Miterben von derselben unverzüglich (§ 121) zu benachrichtigen (§ 2035); vgl. noch § 2037.

Wird infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts der verkaufte Anteil auf die Miterben übertragen, so wird der Käufer von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (vgl. § 419) frei. Seine Haftung bleibt jedoch bestehen, soweit er den Nachlaßgläubigern nach den §§ 1978 bis 1980 für seine Verwaltung und Aufwendungen verantwortlich ist; die Vorschriften der §§ 1990, 1991 über die Befugnis, die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, unter der Verpflichtung der Herausgabe desselben zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers, finden entsprechende Anwendung (§ 2036); vgl. noch § 2037.

Die Übertragung des Erbanteils hat dingliche Wirkung. Der Käufer tritt auch in Ansehung der einzelnen Nachlaßgrundstücke ohne Auflassung an die Stelle des Verkäufers in die Erbengemeinschaft (K.G. R. 03 S. 398). Will aber der Käufer zusammen mit den anderen Miterben das Nachlaßgrundstück auflassen, so muß er erst eine Berichtigung des Grundbuchs herbeiführen, wenn das Grundstück schon auf die Erben umgeschrieben war, da auf ihn die Ausnahmevorschrift des § 41 Gr.O. nicht zutrifft (K.G. R. 02 S. 118, 03 S. 19).

2. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu; auch können sie über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen. Hieraus folgt auch, daß gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen kann (§§ 2038, 2040).

Im übrigen ist jedoch das Prinzip in praktischer Weise abgeschwächt.

α) Jeder Miterbe ist dem § 432 entsprechend (R.G. 20 S. 312 ff., 35 S. 294) befugt, wenn ein Anspruch zum Nachlaß gehört,

die Leistung an alle Erben zu fordern, er kann auch verlangen, daß der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Erben hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert (§ 2039).

β) Jeder Miterbe ist dem anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind; die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln kann aber jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen.

γ) Die für die Gemeinschaft nach Bruchteilen geltenden Vorschriften der §§ 743, 745, 746, 748 finden auch hier Anwendung. Die Teilung der Früchte erfolgt jedoch erst bei der Auseinandersetzung; ist diese aber auf längere Zeit als 1 Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe schon am Schlusse jedes Jahres die Teilung des Reinertrags verlangen (§ 2038).

3. Was auf Grund eines zum Nachlasse gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht, gehört zum Nachlasse[1]). Auf eine durch ein solches Rechtsgeschäft erworbene Forderung findet die Vorschrift des § 2019 Abs. 2 (Erbschaftsanspruch) Anwendung (§ 2041).

b) Erbauseinandersetzung[2]).

1. Grundsätzlich ist jeder Miterbe befugt, jederzeit die Auseinandersetzung (K.G. Joh. 23 S. 74; St.A. 47 S. 13) zu verlangen; der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung. Nach rechtsgültiger Auseinandersetzung kann die Erbengemeinschaft zu gesamter Hand vertragsmäßig nicht wieder eingeführt werden (K.G. R. 03 S. 19).

α) Die Auseinandersetzung kann durch Vereinbarung nach

---

[1]) Über Surrogation vgl. §§ 1370, 1473, 1524, 2111.

[2]) Vgl. §§ 86 ff. R.G. F.G. Durch Art. 21 ff. P.G. F.G. ist die Mitwirkung des Notars im Auseinandersetzungsverfahren geregelt. Wird nämlich auf Grund der §§ 86, 99 R.G. F.G. die Vermittlung der Auseinandersetzung nachgesucht, so kann das Amtsgericht auf Antrag eines Beteiligten die Vermittlung der Auseinandersetzung einem Notar überweisen, der seinen Amtssitz in dem Bezirk des vorgeordneten Landgerichts hat. Durch den Überweisungsbeschluß gehen auf den Notar die Verrichtungen über, die nach dem § 87 Abs. 2, den §§ 89 bis 91, dem § 93 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 sowie nach den §§ 94, 95 R.G. cit. dem Amtsgerichte zustehen. Doch bleibt die Bestätigung der Auseinandersetzung oder einer vorgängigen Vereinbarung dem Gericht vorbehalten.

Maßgabe der §§ 749 Abs. 2, 3, 750, 751 für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt werden (§ 2942).

β) Sie ist kraft Gesetzes bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen, soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben oder deshalb noch unbestimmt sind, weil die Entscheidung über eine Ehelichkeitserklärung, über die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt oder über die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht (§ 2043).

γ) Auch der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung der Miterben (R. G. R. 03 S. 19) in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände ausschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig machen; die Vorschriften der §§ 749 Abs. 2, 3, 750, 751 und 1010 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung. Die Verfügung wird in der Regel unwirksam, wenn 30 Jahre seit dem Eintritt des Erbfalls verstrichen sind (§ 2044). Sie wirkt überhaupt nicht gegen die Konkursmasse (§ 16 Abs. 2 K.O.) und kann auch im Falle des § 1669 (Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten) Berücksichtigung nicht finden.

δ) Endlich kann jeder Miterbe verlangen, daß die Auseinandersetzung bis zur Beendigung des nach § 1970 zulässigen Aufgebotsverfahrens (betr. die Nachlaßgläubiger) oder bis zum Ablauf der im § 2061 für die Nachlaßgläubiger bestimmten Anmeldungsfrist aufgeschoben wird. Ist das Aufgebot noch nicht beantragt oder die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung nach § 2061 cit. noch nicht erlassen, so kann der Aufschub nur verlangt werden, wenn unverzüglich (§ 121) der Antrag gestellt oder die Aufforderung erlassen wird (§ 2045).

2. Die Auseinandersetzung erfolgt nach den für die Gemeinschaft nach Bruchteilen geltenden Grundsätzen der §§ 752 bis 757. Aus dem Nachlasse sind aber zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten, auch die nicht gesamtschuldnerischen, zu berichtigen; fällt jedoch eine Nachlaßverbindlichkeit nur einigen Miterben zur Last, so können diese die Berichtigung nur aus dem ihnen bei der Auseinandersetzung zukommenden Anteile verlangen. Zur Berichtigung ist der Nachlaß, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen (§ 2046), auch wenn an sich Naturalteilung geboten wäre. Der nach der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibende Überschuß gebührt den Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile. Gemeinschaftlich bleiben dagegen die auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlaß bezüglichen Schriftstücke (§ 2047).

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung **obligatorisch** wirkende Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen; er kann insbesondere vorschreiben, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist entsprechend dem § 319 Abs. 1 für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil (§ 2048). Soll das Gesamteigentum mehrerer Erben, soweit es sich auf ein Grundstück bezieht, in Bruchteile für die einzelnen Erben zerlegt werden, so handelt es sich um eine durch Auflassung zu bewirkende Rechtsänderung. Die Teilungsanordnung des Erblassers, auf welcher die Zerlegung beruht, hat keine dingliche Kraft (R.G. J.W. 02 S. 280, Joh. 24 S. 107, R. 01 S. 234, 02 S. 350). Hat der Erblasser einem der Miterben das Recht auf Übernahme eines zum Nachlasse gehörenden Landguts eingeräumt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Landgut zu dem Ertragswerte angesetzt werden soll (§ 2049); vgl. noch Art. 137 E.G.[1]).

3. Das Institut der **Ausgleichung** wegen des Vorempfangenen (**Kollation**) hat Aufnahme gefunden.

α) Die Ausgleichungspflicht besteht **nur unter den Abkömmlingen** des Erblassers. Gegenüber dem **Ehegatten** findet also eine Ausgleichung **nicht** statt.

αα) Die Ausgleichungspflicht erstreckt sich auf **alle** Abkömmlinge. **Fällt** mithin ein Abkömmling, der als Erbe zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, z. B. ein eheliches Kind, vor oder nach dem Erbfalle, z. B. infolge Todes, Ausschlagung der Erbschaft, Erbunwürdigkeit, **weg**, so ist wegen der ihm gemachten Zuwendungen der **an seine Stelle tretende Abkömmling** zur Ausgleichung verpflichtet; es ist hierbei ohne Belang, ob letzterer den weggefallenen Empfänger der Zuwendungen **beerbt** hat oder nicht und ob er **auch** dessen Abkömmling, also z. B. ein Enkel des Erblassers, oder **ausschließlich** ein Abkömmling des Erblassers, also z. B. ein anderes Kind desselben, ist.

Hat der an die Stelle des weggefallenen tretende Abkömmling nur einen Teil der Erbschaft des ersteren erhalten, so hat er dessen Kollationspflicht nur verhältnismäßig zu erfüllen. Hat der Erblasser für den wegfallenden Abkömmling einen **Ersatzerben** (Substituten) eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser nicht mehr erhalten soll, als der

---

[1]) Auf die Feststellung des Ertragswerts bezieht sich Art. 83 A.G.

Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten würde; in Ansehung derselben bleibt somit der Wegfall des Abkömmlings außer Betracht (§ 2051).

ββ) Die Ausgleichungspflicht beschränkt sich in der Regel auf den Fall der gesetzlichen Erbfolge, auf den Fall, daß mehrere Abkömmlinge als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen (§ 2050). Hat der Erblasser die Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen bestimmt, so ist die Kollationspflicht grundsätzlich abgelehnt. Hat jedoch der Erblasser die Abkömmlinge auf dasjenige als Erben eingesetzt, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder hat er ihre Erbteile so festgesetzt, daß sie zueinander in demselben Verhältnisse stehen, wie die gesetzlichen Erbteile, hat er es also in dieser Weise tatsächlich bei der gesetzlichen Erbfolge belassen, so gilt die Auslegungsregel, daß die Abkömmlinge wie bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung verpflichtet sein sollen (§§ 2052, 2050, 2051).

γγ) Die Ausgleichungspflicht tritt dann nicht ein, wenn ein entfernterer Abkömmling, z. B. ein Enkel, vor dem Wegfalle des ihn von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlings oder ein an die Stelle eines Abkömmlings als Ersatzerbe tretender Abkömmling oder ein Abkömmling, bevor er die rechtliche Stellung eines solchen, z. B. gemäß § 1757 (Annahme an Kindesstatt), erlangt hatte, eine Zuwendung von dem Erblasser erhalten hat. Hier ist nicht anzunehmen, daß der Erblasser den Empfänger der Zuwendung bereits als seinen künftigen Erben berücksichtigt hat, er müßte denn die Ausgleichung bei der Zuwendung angeordnet haben; einer solchen Anordnung kann die Wirksamkeit nicht abgesprochen werden (§ 2053).

β) Die Ausgleichungspflicht bezieht sich in Anlehnung an das gem. Recht

αα) auf dasjenige, was die Abkömmlinge von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als Ausstattung (§ 1624) erhalten haben, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes, wenn auch nur formlos, angeordnet hat [1]);

ββ) auf Zuschüsse (Unterstützungen), die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, z. B. Jahresrenten an Töchter, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem

---

[1]) In Ansehung der Bestimmung des Pflichtteils darf der Erblasser eine solche Ausstattung nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen (§ 2316 Abs. 3).

Berufe, z. B. Studienkosten, insoweit, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben; auch hier kann der Erblasser die Ausgleichungspflicht erlassen;

γγ) auf andere, entgeltliche oder unentgeltliche Zuwendungen unter Lebenden (R.G. J.W. Beil. 02 S. 266) nur, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat (§ 2050); ein späterer Vertrag über die Ausgleichungspflicht ist nicht ausgeschlossen.

Bei einer Zuwendung aus dem Gesamtgute bestimmt sich die Person des Zuwendenden und damit des zur Anordnung oder Erlassung der Ausgleichungspflicht Berechtigten nach § 2054.

γ) Die Ausgleichungspflicht hängt von der Erbauseinandersetzung ab, sie ist ohne eine solche nicht geltend zu machen. Hat sie jedoch bei derselben keine Berücksichtigung gefunden, so wird ein Kondiktionsanspruch aus den §§ 812 ff. nicht ausgeschlossen sein, sofern nicht etwa die Annahme eines Verzichts begründet erscheint.

δ) Abweichend von dem gem. Recht ist der Grundsatz der Ideal- oder Wertausgleichung, nicht der der Real- oder Naturalausgleichung, zur Anerkennung gelangt. Die Ausgleichung bezweckt nur Ersatz für die Zuwendung, nicht für das Zugewendete in seiner im Laufe der Zeit veränderten Gestalt; der Empfänger ist nicht Verwalter fremden Guts, sondern Eigentümer geworden. Hieraus folgt:

αα) Der Wert der sämtlichen Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, wird dem Nachlasse hinzugerechnet, soweit dieser den Miterben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet, und bei der Auseinandersetzung jedem Miterben der Wert der von ihm zu konferierenden Zuwendung auf seinen Erbteil angerechnet. Partizipieren also an einem Nachlaß von 100000 der Ehegatte und drei Kinder, von denen A 5000, B 10000, C 15000 zu konferieren hat, so wird der Wert der Konferenda mit zusammen 30000 zu dem den Kindern gebührenden Nachlaß von 75000 addiert, so daß der Betrag von 105000 sich ergibt; der Erbteil jedes Kindes beläuft sich somit auf 35000; demgemäß erhält A 35000—5000 = 30000, B 35000—10000 = 25000 und C 35000—15000 = 20000.

ββ) Entscheidend ist der Wert zur Zeit der Zuwendung, nicht zur Zeit der Erbteilung, so daß eine zwischenzeitliche Wertverminderung oder Wertvermehrung dem Ausgleichungsberechtigten

nicht zum Nachteil oder Vorteil gereicht (§ 2055). Die Bedeutung einer Wertangabe des Erblassers wird nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen sein, insbesondere kommt auch § 2050 Abs. 3 in Betracht; der Pflichtteilsberechtigte wird hiernach eine solche Wertbestimmung nicht zu berücksichtigen haben, soweit sie sein Recht verletzt; vgl. § 2311 Abs. 2.

γγ) Der Ausgleichungsverpflichtete hat im Einklang mit dem gem. Recht nichts herauszugeben, auch wenn er durch die Zuwendung mehr erhielt, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde; die Herausgabepflicht ist auch zugunsten unausgestatteter Geschwister abgelehnt; das Vorempfangene soll eben dauernd dem Abkömmling verbleiben. Deshalb wird der Nachlaß in einem solchen Falle unter die übrigen Erben in der Weise geteilt, daß der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Miterben außer Ansatz bleiben (§ 2056).

ε) Jeder Miterbe ist verpflichtet, den übrigen Erben auf Verlangen Auskunft über die Zuwendungen zu erteilen, die er nach den §§ 2050 bis 2053 zur Ausgleichung zu bringen hat. Die Vorschriften der §§ 260, 261 über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides finden entsprechende Anwendung (§ 2057).

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern (§§ 2058 bis 2063).

a) Miterben können nicht bloß gemeinschaftlich, d. h. durch eine gegen alle Erben zusammen gerichtete Klage in Anspruch genommen werden, sie haften vielmehr für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten prinzipiell als Gesamtschuldner (§ 2058), so daß jeder von ihnen nach Maßgabe der §§ 421 ff. aufs Ganze belangt werden kann. Indessen bedarf dieser Grundsatz mehrfacher Einschränkung.

1. Vor der Teilung des Nachlasses (St.A. 47 S. 13, Ob.Trib. 35 S. 404) ist der einzelne Miterbe außerstande, sich die zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Mittel aus dem Nachlasse zu verschaffen, da er über den ganzen Nachlaß und seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen kann. Deshalb kann er bis zur Erbauseinandersetzung diese Berichtigung aus seinem eigenen Vermögen, also aus dem Vermögen, welches er außer seinem Anteil am Nachlasse (vgl. § 859 Abs. 2 C.P.O.) hat, verweigern (§ 781 C.P.O.). Haftet er jedoch für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt, z. B. auf Grund des § 2006 Abs. 3, so steht ihm (Ob.Trib. 25 S. 155)

das Recht, den Gläubiger auf seinen Anteil am Nachlaß zu verweisen, in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teils der Verbindlichkeit nicht zu; insoweit, pro parte hereditaria, aber nicht darüber hinaus, kann hiernach der Gläubiger auch das eigene Vermögen des Miterben in Anspruch nehmen (§ 2059 Abs. 1).

Die Befugnis der Gläubiger, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen, bleibt unberührt (§ 2059 Abs. 2; § 747 C.P.O.).

2. Nach der Erbteilung (St.A. 47 S. 13, Ob.Trib. 35 S. 404) haftet der Miterbe, welcher das Recht auf beschränkte Haftung verloren hat, den Nachlaßgläubigern grundsätzlich als Gesamtschuldner. Aber auch die Miterben, welchen dieses Recht noch zusteht, können, unbeschadet der Befugnis der Geltendmachung dieses Rechts (§ 780 C.P.O.), solidarisch belangt werden. Indessen haftet jeder Miterbe der ersten oder zweiten Gattung auch nach der Teilung nicht solidarisch, sondern nur pro parte hereditaria, nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit:

α) wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist, mag seine Forderung auch bereits vor der Teilung dem Erben bekannt geworden sein; das Aufgebot erstreckt sich zum Schutze des Erben insoweit, d. h. in dieser seiner die Haftung ermäßigenden Wirkung, auch auf die im § 1972 bezeichneten Gläubiger, Pflichtteils- und Auflagenberechtigte, sowie Legatare, und auf die Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet;

β) wenn der Gläubiger seine Forderung später als fünf Jahre nach dem im § 1974 Abs. 1 bestimmten Zeitpunkte geltend macht, es sei denn, daß die Forderung vor dem Ablaufe der fünf Jahre dem Miterben bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist, m. a. W., wenn der Gläubiger einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht; die Vorschrift findet deshalb keine Anwendung, soweit der Gläubiger nach § 1971, also als Pfand-, Immobiliar- oder Vorzugsberechtigter, von dem Aufgebote nicht betroffen wird;

γ) wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendet worden ist, die Erbauseinandersetzung also dieser Beendigung nachfolgt; auch in einem solchen Falle finden (§ 1989) die Vorschriften des § 1973 über

die Haftung einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber entsprechende Anwendung;

δ) wenn ein Miterbe die Nachlaßgläubiger öffentlich aufgefordert hat, ihre Forderungen binnen sechs Monaten bei ihm oder dem Nachlaßgericht anzumelden, soweit nicht vor dem Fristablaufe die Anmeldung erfolgt oder die Forderung ihm zur Zeit der Teilung bekannt ist (§§ 2060, 2061).

αα) Die Befugnis zu solcher öffentlichen Aufforderung steht als Sicherungsmittel jedem Miterben zu, auch den für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftenden.

ββ) Die Aufforderung ist durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch das Publikationsorgan des Nachlaßgerichts zu veröffentlichen.

γγ) Die Frist beginnt mit der letzten Einrückung.

δδ) Die Kosten fallen dem Erben zur Last, der die Aufforderung erläßt (§ 2061 cit.).

b) Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung kann von den Erben nur gemeinschaftlich, also nicht mehr beantragt werden, wenn auch nur für einen von ihnen die unbeschränkte Haftung, z. B. gemäß §§ 2003 Abs. 2, 2005 Abs. 1, eingetreten ist; sie ist auf Antrag der Erben, aber auch auf Antrag eines Nachlaßgläubigers, ausgeschlossen, wenn der Nachlaß geteilt ist (§ 2062)[1].

c) Die Errichtung des Inventars durch einen Miterben kommt auch den übrigen Erben zustatten (O.H.G. 22 S. 225), soweit nicht ihre Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten, z. B. nach § 780 Abs. 1 C.P.O., unbeschränkt ist (§ 2063 Abs. 1). Haftet aber ein Miterbe den Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt, so kann er sich dennoch den übrigen Erben gegenüber, wenn diese selbst zu den Nachlaßgläubigern gehören (Ob.Trib. 11 S. 276, St.A. 95 S. 299), auf die Beschränkung seiner Haftung berufen, so daß der Verlust dieses Rechts den Miterben gegenüber nicht eintritt (§ 2063 Abs. 2).

Der Miterbe, der zugleich Nachlaßgläubiger ist, kann deshalb vor der Teilung nur Anerkennung seiner Forderung behufs Berücksichtigung bei der Auseinandersetzung, nicht Zahlung, fordern (Ob.Trib. 35 S. 404, St.A. 81 S. 60).

[1]) Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses bestimmt sich nach den §§ 215 ff. K.O.

Dritter Abschnitt: Testament.

A. Formelles.

§ 110.

Errichtung, Aufhebung, Verkündung des Testaments (§§ 2229 bis 2264)[1].

I. Testamentsfähigkeit.

a) Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten (§ 2064); jede Vertretung ist hier ausgeschlossen.

b) Die Testamentsfähigkeit bestimmt sich grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.), so daß ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter z. B. ein Testament nicht errichten kann. Einige Besonderheiten müssen jedoch berücksichtigt werden.

1. Den wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten ist, abweichend von § 114, die Testamentsfähigkeit schlechthin versagt; ihre Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt.

2. Für einen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen (§ 106) tritt die Testamentsfähigkeit erst mit vollendetem 16. Lebensjahre ein[2].

3. Eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person bedarf, soweit sie überhaupt zur Errichtung eines Testaments fähig ist, z. B. ein über 16 Jahre alter Minderjähriger, nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 2229).

4. Ausnahmsweise steht die Entmündigung, mag sie wegen Geisteskrankheit oder aus einem anderen Grunde erfolgt sein, der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen (§ 2230),

α) wenn der Entmündigte ein Testament errichtet hat, bevor die die Entmündigung aussprechende Entscheidung unanfechtbar geworden ist, und vor dem Eintritt der Unanfechtbarkeit stirbt,

---

[1]) Vgl. Art. 149 ff. E.G.

[2]) Der Minderjährige kann ein holographisches Testament überhaupt nicht errichten (§ 2247).

β) wenn der Entmündigte nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung ein Testament errichtet und die Entmündigung dem Antrage gemäß wieder aufgehoben wird.

II. Testamentsform.

a) Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden

1. vor einem Richter oder vor einem Notar;

2. durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Orts und Tages der Errichtung (R.G. R. 03 S. 19) eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung (§ 2231).

Zwischen diesen beiden Formen hat der Testator regelmäßig (vgl. jedoch § 2247) die freie Wahl.

1. Für das öffentliche Testament ist nach dem Vorgange des gem. Rechts nicht bloß die gerichtliche, sondern auch die notarielle Form[1]) zugelassen; vgl. jedoch Art. 141 E.G.

α) Der Richter muß zur Testamentserrichtung einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen. Außerdem muß ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden, wenn der Erblasser erklärt, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei (§ 2244); diese Zuziehung ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn sämtliche mitwirkende Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig sind (§ 2245 Abs. 1). Sofern die Zuziehung eines Dolmetschers notwendig ist, kann der Gerichtsschreiber oder eine andere bei der Testamentserrichtung mitwirkende Person nicht zugleich der Dolmetscher sein (R.G. R. 01 S. 387). Inwieweit einzelne Personen von der amtlichen Mitwirkung ausgeschlossen sind, erhellt aus den §§ 2234 bis 2237, 2244.

αα) Die Mitwirkung eines der dort aufgeführten nahen Angehörigen des Erblassers bzw. des Richters oder des beurkundenden Notars führt die Nichtigkeit des Testaments herbei (§§ 2234, 2236 cit.).

ββ) Die Mitwirkung einer nach § 2235 ausgeschlossenen Person, eines Bedachten oder nahen Angehörigen des Bedachten, hat nur zur Folge, daß die betr. Zuwendung nichtig ist; als bedacht ist auch der Testamentsvollstrecker anzusehen, wenn das für ihn bestimmte Honorar die Grenzen des Üblichen überschreitet.

---

[1]) Vgl. noch §§ 168 ff. R.G. F.G.

γγ) Die Mitwirkung eines Zeugen von der in § 2237, z. B. wegen Minderjährigkeit, verpönten Art bewirkt die Richtigkeit nicht, da es sich nur um eine Sollvorschrift handelt. Nicht unfähig als Testamentszeugen sind Ausländer, Frauen, wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte, dagegen wahrnehmungsunfähige Personen, aber nicht Analphabeten, die ihren Namen schreiben können (Ob.Trib. 33 S. 338).

β) Die Testamentserrichtung selbst erfolgt im Einklang mit dem gem. Recht in der Weise, daß der Erblasser dem Richter bzw. Notar entweder seinen letzten Willen mündlich erklärt,

oder eine Schrift (§ 126) mit der mündlichen Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte; die Schrift kann offen oder verschlossen übergeben werden, von dem Erblasser selbst oder einer anderen Person geschrieben sein; Datierung ist nicht erforderlich. Das auf diese Weise errichtete Testament ist eine öffentliche Urkunde (K.G. Joh. 24 S. 221).

Nur durch mündliche Erklärung, also nicht durch Übergabe einer Schrift kann das Testament errichten, wer minderjährig (§ 2229) ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag (§ 2238)[1]. Umgekehrt kann, wer nach der Überzeugung des Richters oder des Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, das Testament nur durch Übergabe einer Schrift nach näherer Bestimmung des § 2243 errichten.

γ) Die bei der Errichtung mitwirkenden Personen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein (§ 2239).

δ) Über die Errichtung muß ein Protokoll in deutscher Sprache mit dem in dem § 2241 angegebenen Inhalt aufgenommen werden (R.G. 50 S. 16ff.). Dasselbe muß ergeben, daß es in allen, zu seinem notwendigen Inhalt gehörigen Teilen (R.G. 50 S. 215ff., R. 02 S. 210, J.W. Beil. 02 S. 216) vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt[2] und von ihm eigenhändig unterschrieben wurde, bzw. statt der Unterschrift seine Erklärung[3] enthalten, daß er überhaupt oder

---

[1] Diese Personen können auch die holographische Form des Testaments nicht wählen (§ 2247).

[2] Das Fehlen des Genehmigungsvermerks macht das Testament nichtig (K.G. R. d. O.L. 6 S. 315, R. 03 S. 313).

[3] Diese Erklärung braucht nicht vorgelesen zu werden (K.G. R.d.O.L. 7 S. 138, R. 03 S. 484). Ebensowenig ist die als Testament übergebene Schrift vorzulesen (R.G. 54 S. 198).

infolge Krankheit oder Verletzung oder aus einem sonstigen Grunde nicht schreiben könne; diese Angabe genügt, auch wenn sie tatsächlich unrichtig war; dagegen reicht die Erklärung, nicht unterschreiben zu wollen, nicht aus. Auch die Unterschrift der mitwirkenden Personen darf nicht fehlen (§ 2242). Die Beurkundung der erfolgten Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung durch die Worte: „vorgelesen, genehmigt, unterschrieben“ oder die Abkürzung: „v. g. u.“ wird regelmäßig genügen (K.G. Joh. 02 S. 128, 25 S. 53).

αα) Wenn der Erblasser nach der Überzeugung des Richters oder Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, muß er die Erklärung, daß die von ihm übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig in das Protokoll oder auf ein besonderes Blatt schreiben, das dem Protokoll als Anlage beigefügt werden muß. Die eigenhändige Niederschrift der Erklärung, sowie die Überzeugung des Richters oder Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, muß im Protokolle festgestellt werden. Dagegen ist eine besondere Genehmigung des Protokolls durch den Erblasser überflüssig (§ 2243). Auch wird die Gültigkeit des Testaments dadurch nicht berührt, daß die Überzeugung des Richters oder Notars eine nicht zutreffende war.

ββ) Erklärt der Erblasser, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, so muß das Protokoll, sofern die Zuziehung eines Dolmetschers erforderlich ist, in die Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, übersetzt, die Übersetzung muß von dem zugezogenen Dolmetscher, dessen Tätigkeit keine der übrigen mitwirkenden Personen übernehmen kann (K.G. Joh. 21 S. 219), angefertigt oder beglaubigt und vorgelesen, auch dem Protokoll als Anlage beigefügt werden. Das Protokoll muß die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie den Namen des Dolmetschers und die Feststellung enthalten, daß der Dolmetscher die Übersetzung angefertigt oder beglaubigt und sie vorgelesen hat. Der Dolmetscher muß das Protokoll unterschreiben (§ 2244).

Unterbleibt dagegen die Zuziehung eines Dolmetschers nach Maßgabe des § 2245 Abs. 1, so muß das Protokoll in der fremden Sprache aufgenommen werden und neben der Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, enthalten; der Gebrauch sakramentaler Worte ist nicht vorgeschrieben

(R.G. R. 03 S. 81, S. 182, J.W. Beil. 03 S. 30). Eine deutsche Übersetzung soll als Anlage beigefügt werden (§ 2245 Abs. 2).

Das Testament wird nicht hinfällig, wenn sich die Unrichtigkeit der Erklärung des Erblassers oder der Versicherung der mitwirkenden Personen nachträglich herausstellt.

ε) Das über die Testamentserrichtung aufgenommene Protokoll nebst Anlagen, insbesondere im Falle der Errichtung durch Übergabe einer Schrift nebst dieser Schrift, soll, nicht muß (Ob.Trib. 49 S. 141, St.A. 60 S. 20; K.G. Joh. 24 S. 90), von dem Richter oder Notar in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen und des Erblässers mit dem Amtssiegel verschlossen, mit einer das Testament näher bezeichnenden Aufschrift, die von dem Richter oder Notar zu unterschreiben ist, versehen und in besondere amtliche Verwahrung (Ob.Trib. 11 S. 263) gebracht[1]), auch dem Erblasser über das in amtliche Verwahrung genommene Testament ein Hinterlegungsschein erteilt werden (§ 2246).

2. Die Forderung der Datierung des holographischen Privattestaments ergibt auch die Forderung der Richtigkeit des Datums (R.G. 51 S. 168, 52 S. 277, J.W. Beil. 02 S. 232, R. 02 S. 325, 03 S. 156; anders K.G. R. 02 S. 321). Selbst wenn die Unrichtigkeit auf bloßem Irrtum beruht, ist das Testament nichtig (R.G. 7 S. 294). Die Datierung kann aber an einem späteren Tage als die Unterzeichnung erfolgen (R.G. 43 S. 379). Sie muß ob der Vermeidung der Nichtigkeit des Testaments wie die Ortsangabe (K.G. Joh. 21 S. 222) von der Hand des Erblassers herrühren (R.G. J.W. Beil. 02 S. 232); sie kann aber der Unterschrift auch räumlich nachfolgen (R.G. 52 S. 281, J.W. Beil. 02 S. 286, R. 03 S. 156, D.J.Z. 03 S. 105; K.G. Joh. 21 S. 56, 22 S. 49, 24 S. 45ff.). Die Errichtung in deutscher Sprache ist nicht erforderlich (K.G. Joh. 22 S. 49). Ein holographisches Privattestament ist auf Verlangen des Erblassers (K.G. D.J.Z. 00 S. 482) ebenfalls in amtliche Verwahrung zu nehmen[1]); dem Erblasser soll alsdann ebenfalls ein Hinterlegungsschein erteilt werden (§ 2248). Diese Form des Privattestaments darf aber nicht wählen, wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag (§ 2247); vgl. noch § 2238 Abs. 2.

[1]) Die besondere amtliche Verwahrung der Testamente, auch der Nottestamente (§ 2249) und der Erbverträge (§ 2277) erfolgt nach Art. 81 § 1 A.G. bei den Amtsgerichten, deren Zuständigkeit in § 2 das. geregelt ist, während § 3 die Ausführung der Verwahrung ordnet. Vgl. noch in Ansehung der notariellen Testamente Art. 52 P.G. F.G.

b) Für außerordentliche Fälle sind erleichterte Formen der Testamentserrichtung zugelassen[1]).

1. Unberührt bleiben die Vorschriften der §§ 44 ff. R.G. v. 2. 5. 74 über das Soldatentestament[2]).

2. Ist zu besorgen, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar möglich ist, so kann er das Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde bzw. des einer solchen landesgesetzlich gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirks[3]) seines Aufenthalts und zwei Zeugen nach Maßgabe des § 2249 errichten (Nottestament). Die Unbegründetheit der protokollarisch festzustellenden Besorgnis steht der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen; die Feststellung der Besorgnis im Testamente aber ist zwingend (R.G. D.J.Z. 02 S. 273, J.W. Beil. 02 S. 216, 03 S. 64, R. 02 S. 264, 03 S. 362). Ein solches Nottestament ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 36 Abs. 1 Gr.O. (K.G. Joh. 24 S. 88).

3. Wer sich an einem Orte aufhält, der infolge des Ausbruchs einer Krankheit oder infolge sonstiger außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist, kann das Testament

entweder in der unter 2 erwähnten Form

oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen unter Aufnahme eines Protokolls

errichten (§ 2250); die Errichtung unter Zuziehung eines Dolmetschers ist in dieser letzteren Form unzulässig.

4. Die mündliche Erklärung vor drei Zeugen (3) genügt auch für die Testamentserrichtung desjenigen, der sich während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs außerhalb eines inländischen Hafens befindet (§ 2251).

Allein die Wirksamkeit eines nach §§ 2249, 2250 oder 2251 errichteten Testaments ist zeitlich beschränkt. Das Testament gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen

---

[1]) Vgl. Art. 149 ff. E.G.

[2]) Vgl. Art. 44, 45 E.G.

[3]) Die Gleichstellung der selbständigen Gutsbezirke mit den Gemeinden ist in Art. 80 Abs. 1 A.G. ausdrücklich ausgesprochen.

sind und der Erblasser noch lebt. Beginn und Lauf der Frist sind jedoch gehemmt, solange der Erblasser außerstande ist, ein Testament vor einem Richter oder vor einem Notar zu errichten (§ 2252).

III. Testamentsaufhebung.

a) Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung, z. B. ein Vermächtnis, kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden. Die Entmündigung des Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht (§ 114) steht dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nicht entgegen (§ 2253).

1. Der lediglich verneinende Widerruf erfolgt wie eine positive Verfügung des Erblassers durch Testament, in der Form einer einseitigen letztwilligen Verfügung (§ 2254)[1]. Die Formerleichterungen des Nottestaments werden Anwendung finden, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre; vorausgesetzt wird dabei, daß sie in der ihren Fortbestand ermöglichenden Form noch unversehrt vorhanden ist (§ 2257).

2. Ein Testament kann aber auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt, z. B. durch Zerreißen, Zerschneiden, Durchstreichen, unleserlich machen usw. Hat er die Urkunde vernichtet oder in dieser Weise verändert, so spricht die Vermutung für seine Aufhebungsabsicht (§ 2255). Bei der Vernichtung oder Veränderung kann der Testator sich auch fremder Hilfe bedienen.

3. Ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 (Todesgefahr) errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem widerrufsfähigen Erblasser, nicht aber, wenn sie einem Dritten zurückgegeben wird. Die Rückgabe eines holographischen, nach § 2248 hinterlegten Testaments ist auf dessen Wirksamkeit ohne Einfluß.

[1]) Der Widerruf der Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments ist nach §§ 2270, 2271, bei einem Erbvertrage nach §§ 2289 ff. zu beurteilen.

α) Der Erblasser kann die Rückgabe, und zwar auch des holographischen Testaments, jederzeit verlangen.

β) Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich, nicht an einen Vertreter erfolgen (§ 2256).

b) Außer durch einfach verneinenden Widerruf ist die Aufhebung eines Testaments auch durch neue positive Anordnung zulässig. Allerdings wird durch die Errichtung eines Testaments ein früheres Testament nur insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht. Hieraus ergibt sich die Beseitigung des Grundsatzes: nemo cum pluribus testamentis decedere potest. Der aus dem späteren Testament ersichtliche Wille des Erblassers allein entscheidet, ob ältere Verfügungen ihre Kraft verlieren sollen oder nicht. Wird jedoch das spätere Testament gemäß §§ 2254 bis 2256 widerrufen, so ist das frühere Testament in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre (§ 2258).

IV. Ablieferung und Verkündung der Testamente[1]).

a) Dem Besitzer eines nicht in amtliche Verwahrung gebrachten Testaments wird die privatrechtliche, also ev. im Prozeßwege erzwingbare Verpflichtung auferlegt, die Urkunde unverzüglich (§ 121) nach erlangter Kenntnis von dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abzuliefern (R.G. R. 03 S. 237, J.W. Beil. 03 S. 37). Dieses kann den Verwahrer durch Ordnungsstrafen zur Ablieferung anhalten; die Leistung des Offenbarungseides kann ebenfalls von ihm gefordert werden (§ 83 R.G. F.G.). Aber auch die Ablieferung eines bei einer anderen Behörde als einem Gerichte oder bei einem Notar in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments ist nach dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht zu bewirken; diese Vorschrift hat einen publizistischen Charakter (§ 2259). Die Ablieferungsfrist bezieht sich auf alle amtlich vom Notar verwahrten Testamente und Erbverträge, also auch auf die, die nicht in „besondere" amtliche Verwahrung gebracht sind, und die, die offen verwahrt werden (R.G. 48 S. 96, R. 01 S. 313, J.W. 01 S. 324, J.M.Bl. 01 S. 121; K.G. J.M.Bl. 02 S. 256, Joh. 25 S. 58, R. 02 S. 555 und S. 613, 614).

b) Die Eröffnung[2]) des Testaments, auch eines ungültigen (K.G. Joh. 22 S. 261), erfolgt

---

[1]) Vgl. § 2300 (Erbvertrag).

[2]) Befindet sich ein Testament oder ein Erbvertrag seit mehr als 54 Jahren in amtlicher Verwahrung, so ist nach Art. 82 A.G. mit der Eröffnung vorzugehen,

1. durch das **Nachlaßgericht**, befindet sich das Testament in amtlicher Verwahrung eines anderen Gerichts, durch dieses; in letzterem Falle ist demnächst das Testament in Urschrift nebst einer beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls dem Nachlaßgericht zu übersenden (K.G. Joh. 21 S. 226), eine beglaubigte Testamentsabschrift jedoch zurückzubehalten (§ 2261);

2. alsbald nach erlangter Kenntnis des Gerichts (1) von dem Tode des Erblassers;

3. in einem von dem Gerichte (1) zu bestimmenden **Termin**, zu dem die gesetzlichen Erben des Erblassers und die sonstigen Beteiligten, z. B. die in einem bereits publizierten Testamente Bedachten, soweit tunlich, geladen werden sollen; die Bestellung eines besonderen Vertreters für die abwesenden oder unbekannten Erben ist nicht erforderlich[1]).

α) In dem Termin ist das Testament zu **öffnen**, den Beteiligten zu **verkünden** (K.G. Joh. 21 S. 61) und ihnen auf Verlangen **vorzulegen**; die Verkündung darf im Falle der Vorlegung unterbleiben.

β) Über die Eröffnung ist ein **Protokoll** aufzunehmen. War das Testament verschlossen, so ist in dem Protokolle insbesondere festzustellen, ob der **Verschluß unversehrt** war (§ 2260).

Nach der Publikation liegt dem Nachlaßgerichte die Verpflichtung ob, die im Termin nicht erschienenen Beteiligten von dem sie betreffenden Inhalt des Testaments in geeigneter Weise in Kenntnis zu setzen; die Beteiligten können auf diese Mitteilung auch wirksam verzichten (§ 2262).

Das Verbot des Erblassers, das Testament alsbald nach seinem Tode zu eröffnen, ist nichtig (§ 2263). Dies gilt auch für gemeinschaftliche Testamente (K.G. Joh. 24 S. 183, R. 03 S. 19). Jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, wird die Befugnis[2]) beigelegt, von einem eröffneten Testament **Einsicht** zu nehmen, sowie eine Abschrift des Testaments oder einzelner Teile zu fordern; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen (§ 2264)[3]).

---

sofern nicht bekannt ist, daß der Erblasser noch lebt. Die Vorschriften der §§ 2260 bis 2262 finden entsprechende Anwendung.

[1]) Die Eröffnung umfaßt die Öffnung und die Verkündung. Letztere hat auch beim Nichterscheinen der Beteiligten zu erfolgen (K.G. Joh. 25 S. 217).

[2]) Diese Befugnis ist auch gegenüber den vom Nachlaßgericht verkündeten gerichtlichen Erbverträgen gegeben (R.G. J. W. Beil. 03 S. 38).

[3]) Das Erbschaftssteueramt kann die ordnungsmäßige Eröffnung des Testaments verlangen (K.G. Joh. 22 S. 265).

B. Inhalt des Testaments.

§ 111.

Allgemeine Vorschriften (§§ 2064 bis 2086).

I. Bestimmung der Person und des Gegenstands.

Die letztwillige Verfügung muß der eigene Willensakt des Erblassers sein. Hieraus folgt, daß der Erblasser ein Testament nur persönlich, nicht durch einen Vertreter, errichten und eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen kann, daß ein Anderer über ihre Geltung oder Nichtgeltung zu bestimmen hat; ebensowenig ist es zulässig, die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung einem Anderen zu überlassen (§§ 2064, 2065).

Eine Unvollständigkeit des letzten Willens nach diesen Richtungen hin ist weder durch das willkürliche noch durch das billige Ermessen eines Dritten zu beseitigen.

Dagegen ist die Zuwendung, abweichend vom gem. Recht, nicht nichtig, wenn der Erblasser den Bedachten in einer Weise bezeichnet hat, die auf mehrere Personen paßt und sich nicht ermitteln läßt, wer von ihnen bedacht werden sollte; vielmehr gelten die mehreren Beteiligten als zu gleichen Teilen bedacht (§ 2073).

Außerdem findet sich in den §§ 2066 bis 2073 eine Reihe von Auslegungsregeln [1]) für Fälle, in welchen der Bedachte nicht durch Hinweisung auf eine bestimmte Person, sondern durch die Angabe von Merkmalen bezeichnet ist.

Insbesondere ist in dubio anzunehmen, daß, wenn der Erblasser seine Kinder ohne nähere Bestimmung bedacht hat und ein Kind vor der Errichtung des Testaments mit Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben ist, die Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle des Kindes treten würden (§ 2068 cit.). Die gleiche Annahme einer Ersatzberufung ist im Zweifel gerechtfertigt, wenn der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht hat

---

[1]) Der Umstand, daß vom Erblasser die Verteilung nur der Zinsen unter die Armen angeordnet ist, hindert nicht die Anwendung des § 2072 und die Auslegung, daß das Kapital der Armenkasse zur Verfügung innerhalb der vom Erblasser gezogenen Grenze zufällt (R.G. 52 S. 283, R. 03 S. 156).

und dieser nach der Testamentserrichtung, z. B. infolge Todes, wegfällt (§ 2069 cit.); die Deszendenten des Bedachten sollen in derselben Weise und in demselben Umfange als bedacht angesehen werden, wie sie nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge das von ihrem unmittelbaren Eltern- oder Voreltenteile Erworbene erlangt hätten.

II. Bedingung, Befristung.

Der letzte Wille kann, wie die Willenserklärung unter Lebenden sich inhaltlich auch selbst beschränken, insbesondere die Zuwendung von einer Bedingung abhängig machen und sie an eine Zeitbestimmung knüpfen. Die allgemeinen Grundsätze der §§ 158 ff. finden alsdann Anwendung; es sei deshalb hier auf das oben in § 21 Vorgetragene verwiesen und nur weniges ergänzend hinzugefügt.

a) Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt (§ 2074), daß sie mithin keinen Bestand haben soll, wenn der Bedachte vor dem Eintritt der Bedingung verstorben ist, so daß zwischenzeitliche Verfügungen desselben oder gegen ihn und eine Vererbung des bedingten Rechts hier ausgeschlossen erscheint. Diese Auslegungsregel gilt bei Bestimmung eines Anfangstermins für die Zuwendung nicht; aber auch hier kann die gleiche Willensrichtung des Erblassers vorliegen. Dagegen erfolgt der Anfall (§ 2176) eines unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordneten Vermächtnisses, wenn die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall (§ 1922) eintritt, mit diesem Eintritt, so daß die Vermächtnisforderung erst in diesem Moment zur Entstehung gelangt (§ 2177); trotzdem ist der Übergang des bedingten oder befristeten Anspruchs auf einen Erben nach § 2179 nicht ausgeschlossen, der des bedingten allerdings nur dann nicht, wenn die Auslegungsregel des § 2074 in Rede ausnahmsweise nicht Platz greift.

b) Ein Vermächtnis, das unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist, wird mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher die Bedingung oder der Termin eingetreten ist (§ 2162 Abs. 1); vgl. jedoch § 2163.

c) Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, daß der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer, z. B. während seiner Lebenszeit, eine lediglich

von seiner Willkür abhängende Handlung unterlasse oder ein lediglich von seiner Willkür abhängendes Tun fortsetze, so gilt die Auslegungsregel, daß die Zuwendung nicht an eine aufschiebende, sondern an die auflösende Bedingung geknüpft ist, daß der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Tun unterläßt. Die Zuwendung tritt somit für den Bedachten sofort ein, fällt jedoch mit dem Eintritt der bedingenden Tatsache für die Folgezeit ipso iure fort (§ 158 Abs. 2).

Die Auslegungsregel bezieht sich aber nicht auf den Fall, daß ein im voraus in Ansehung der Dauer bestimmtes oder bestimmbares Unterlassen den Gegenstand der Bedingung bildet, z. B. die Anordnung, der Bedachte habe sich drei Jahre lang des übermäßigen Trinkens zu enthalten.

d) Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vorteil eines Dritten, so gilt sie als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritt der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert und dadurch seinerseits auf den Vorteil verzichtet (§ 2076).

e) Bei einer letztwilligen Zuwendung zugunsten des Ehegatten oder Verlobten wird der Wille des Erblassers den Bestand der Verfügung regelmäßig an das Bestehen oder die Nichtlösung der Ehe oder des Verlöbnisses knüpfen. Deshalb tritt die Unwirksamkeit einer solchen Verfügung ipso iure, ohne daß es einer besonderen Anfechtung bedarf, ein und zwar

1. bezüglich der Zuwendung an den Ehegatten, wenn

entweder die Ehe nichtig (§§ 1323 ff., 1343)

oder vor dem Tode des Erblassers durch Scheidung (§§ 1564 ff.), Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§§ 1575 ff., 1586), Schließung einer neuen Ehe gemäß § 1348 Abs. 2 aufgelöst worden ist; der Auflösung der Ehe steht es gleich, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch schon erhoben hatte (§ 2077 Abs. 1) [1];

2. hinsichtlich der Zuwendung an den Verlobten, wenn das Verlöbnis vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist, also nicht, wenn die Eheschließung nach dem Verlöbnis stattgefunden hat;

---

[1]) In solchem der Auflösung der Ehe gleichstehenden Falle ist auch das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten ausgeschlossen (§ 1933).

in diesem letzteren Falle kann jedoch die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung infolge Nichtigkeit oder Auflösung der Ehe (1) eintreten (§ 2077 Abs. 2).

Die Zuwendung an den Ehegatten oder Verlobten wird jedoch trotz Vorhandenseins einer der angegebenen Voraussetzungen nicht entkräftet, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde (§ 2077 Abs. 3)[1].

III. Willensmängel.

Die Bedeutung der Willensmängel bestimmt sich auch für letztwillige Verfügungen nach den allgemeinen Grundsätzen. Unter Bezugnahme auf den Inhalt der §§ 17, 19 (oben S. 139 ff. und S. 160 ff.) ist deshalb hier nur auf die Besonderheiten hinzuweisen, welche sich namentlich aus der strengeren Durchführung des Willensdogmas und aus der Kompetenz zur Anfechtung ergeben.

a) Die Anfechtung findet deshalb in Ergänzung der §§ 116 ff. auch statt[2],

1. soweit der Erblasser

entweder durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes, durch eine irrige Voraussetzung, einen Irrtum im Motive, der als solcher für negotia inter vivos regelmäßig belanglos ist, zu der Verfügung bestimmt worden ist, so daß zwischen dieser und dem Willensfehler ein ursächlicher Zusammenhang besteht; ob der vorausgesetzte Eintritt oder Nichteintritt vor oder nach dem Erbfalle sich entscheidet, kommt nicht in Betracht,

oder über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war, wobei letztere den Willen wiedergab, dieser selbst aber in einer Täuschung über die Wirklichkeit befangen war,

oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, z. B. sich verschrieb und deshalb beispielsweise eine Person als Erben einsetzte, die nur als Vormund benannt werden sollte (§ 2078).

Während also nach § 119 bei dem Irrtum über den Inhalt oder in der Erklärungshandlung zu prüfen ist, ob der Erklärende die Willenserklärung bei verständiger (objektiver) Würdigung des Falles

---

[1]) Entsprechende Bestimmungen enthalten die §§ 2268 (gemeinschaftliches Testament) und 2279 (Erbvertrag).

[2]) Die Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit ist in den §§ 2339 ff. geregelt.

nicht abgegeben haben würde, genügt hier zur Begründung der Anfechtungsbefugnis die Annahme, daß der Erblasser von seinem subjektiven Standpunkte aus die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Einer besonderen Bestimmung über die Anfechtung wegen Betrugs bedarf es deshalb nicht,

2. wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, z. B. weil er ihn bereits für tot erachtete, oder der erst nach der Errichtung geboren oder z. B. durch spätere Verheiratung des Erblassers, Ehelichkeitserklärung eines Kindes, Annahme an Kindesstatt usw. pflichtteilsberechtigt geworden ist. Diese irrige oder pflichtwidrige Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten macht die Verfügung nicht hinfällig, begründet aber schlechthin die Anfechtung; die Anfechtungsbefugnis ist jedoch ausnahmsweise ausgeschlossen — die Beweislast für den Ausschluß liegt dem Gegner des Anfechtungsberechtigten ob —, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde (§ 2079). Von einer Übergehung kann nur dann die Rede sein, wenn dem Betreffenden in der letztwilligen Verfügung keinerlei Zuwendung gemacht ist, nicht also, wenn ihm ein Vermächtnis ausgesetzt ist, mag dieses auch nicht in Beziehung auf das — erst nach Errichtung der letztwilligen Verfügung durch Verheiratung mit dem Erblasser erworbene — Pflichtteilsrecht geschehen sein (R.G. 50 S. 239, J.W. Beil. 02 S. 215, R. 02 S. 264),

3. soweit der Erblasser zu der Verfügung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist (§ 2078). Für die Widerrechtlichkeit ist der mit der Drohung verfolgte Zweck ausschlaggebend (R.G. D.J.Z. 02 S. 55, J.W. Beil. 02 S. 286, R. 03 S. 43).

b) Die Vorschriften des § 122 über die Schadenersatzpflicht des Erklärenden, also hier des Erblassers, dessen Verfügung wegen Simulation nach § 118 nichtig oder wegen Irrtums auf Grund der §§ 119, 120, 2078 angefochten ist, finden keine Anwendung (§ 2078 Abs. 3 cit.).

c) Die Anfechtungsbefugnis kann nicht derjenigen Person zustehen, deren Willensmangel die Anfechtung begründet, dem Erblasser, aber auch nicht schlechthin dem Rechtsnachfolger, weil grade die Rechtsnachfolge durch die Anfechtbarkeit nicht selten in Frage gestellt wird.

Anfechtungsberechtigt ist deshalb grundsätzlich derjenige, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung, z. B. einer Erbeseinsetzung, einer Vermächtnisanordnung, des Widerrufs eines Testaments, der Ausschließung der elterlichen oder ehelichen Nutznießung unmittelbar zustatten kommen, der also durch die Aufhebung einen unmittelbaren Vorteil erlangen würde [1]). An Stelle eines Erbunwürdigen wird deshalb derjenige anfechtungsberechtigt sein, welchem die ersterem nicht gebührende Erbschaft nach § 2344 Abs. 2 anfällt. Hiernach kann das Anfechtungsrecht auch einer Reihe von Personen zustehen.

1. Bezieht sich jedoch in den Fällen des § 2078 der Irrtum nur auf eine bestimmte Person, z. B. eine von dem Erblasser für verstorben oder unwürdig gehaltene, und ist diese anfechtungsberechtigt oder würde sie anfechtungsberechtigt sein, wenn sie zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, so ist ein anderer zur Anfechtung nicht berechtigt. Will also jene Person die Anfechtungsbefugnis nicht geltend machen oder kann sie es nicht, weil sie den Erblasser nicht überlebt hat, so bleibt die letztwillige Verfügung in Ermangelung eines Anfechtungsberechtigten bei Kräften.

2. Im Falle des § 2079 hinwiederum steht das Anfechtungsrecht nur den übergangenen Pflichtteilsberechtigten, nicht dritten Personen zu (§ 2080).

d) Die Anfechtung erfolgt in der Regel gemäß § 143 durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, also demjenigen, für den die anfechtbare Verfügung ein Recht begründet hat. Wird jedoch durch die letztwillige Verfügung ein Recht für einen anderen überhaupt nicht begründet, z. B. im Falle einer Auflage, oder hat sie eine Erbeseinsetzung, den Ausschluß eines gesetzlichen Erben von der Erbfolge, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder die Aufhebung einer derartigen Verfügung zum Gegenstande, so wird die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte bewirkt. Letzteres soll die Erklärung demjenigen mitteilen, welchem die angefochtene Verfügung unmittelbar zustatten kommt, ihre Unwirksamkeit also zum Nachteil gereichen würde (§ 2081).

---

[1]) Zur Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit ist jeder befugt, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines anderen, zustatten kommt (§§ 2341, 2345); ein unmittelbarer Vorteil wird nicht erfordert.

e) Die Anfechtung ist nur binnen Jahresfrist zulässig.

1. Die Präklusivfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt.

2. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 (Hemmung, Vollendung) entsprechende Anwendung.

3. Nach Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall ist die Anfechtung schlechterdings ausgeschlossen (§ 2082)[1]).

f) Die Wirkung der Anfechtung bestimmt sich nach § 142 (Nichtigkeit). Doch wird auch die von dem Prinzip der §§ 139, 2298 bezüglich der Beweisfrage abweichende Vorschrift des § 2085 Berücksichtigung finden müssen[2]). Grundsätzlich bleiben also von der durchgeführten Anfechtung einer testamentarischen Verfügung die übrigen Anordnungen des Erblassers unberührt. Die Annahme der Einheitlichkeit der Verfügungen entspricht regelmäßig nicht dem Willen des Erblassers.

Wird durch eine anfechtbare letztwillige Verfügung, z. B. eine Vermächtnisanordnung, die Verpflichtung zu einer Leistung begründet, so kann der Beschwerte die Leistung selbst dann verweigern, wenn die Anfechtung wegen Fristablaufs nach § 2082 ausgeschlossen ist (§ 2083). Diese Vorschrift findet auch bei der Anfechtung eines Vermächtnis- und Pflichtteilsanspruchs wegen Erbunwürdigkeit Anwendung (§ 2345).

IV. Auslegungsregeln.

In Übereinstimmung mit dem gem. Recht wird an der Auslegungsregel festgehalten, daß, wenn der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zuläßt, diejenige Auslegung den Vorzug verdient, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann[3]) (§ 2084).

Im Interesse der Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen liegt es auch,

[1]) Auch die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit kann nur innerhalb dieser Fristen erfolgen (§§ 2340, 2345).

[2]) Die Nichtigkeit einer korrespektiven Verfügung des gemeinschaftlichen Testaments hat dagegen die Unwirksamkeit der anderen zur Folge (§ 2270), soweit es sich um Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen handelt.

[3]) Ist bestimmt, daß das Recht auf den Bezug legierter Nutzungen im Falle der Beschlagnahme durch Gläubiger des Vermächtnisnehmers erlöschen soll, so ist die Verfügung wirksam, sofern eine wahre Resolutivbedingung beabsichtigt war (R.G. R. 03 S. 399).

a) daß die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen nur zur Folge hat, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde (§ 2085); hiermit ist die Vermutung für die Selbständigkeit jeder einzelnen Verfügung aufgestellt, vgl. dagegen §§ 139, 2170, 2298,

b) daß die letztwillige Verfügung wirksam ist, wenn auch die Ergänzung, die sich der Erblasser darin vorbehielt, unterblieb; die Verfügung ist nur dann nicht rechtsbeständig, wenn die Annahme begründet erscheint, daß die Wirksamkeit von der Ergänzung abhängig sein sollte (§ 2086).

V. Schiedsgerichte.

Schiedsgerichte können durch letztwillige Verfügung nur in gesetzlich statthafter Weise, z. B. unter Berücksichtigung des § 1026 C.P.O., angeordnet werden (§ 1048).

§ 112.

Erbeinsetzung (§§ 2087 bis 2099).

I. Begriff; Teilungsverhältnis.

Erbe ist, wer zur Universalsukzession in das Vermögen des Erblassers oder einen Bruchteil dieses Vermögens berufen ist (§ 1922). Geschieht die Berufung durch letztwillige Verfügung, so wird gemäß § 133 festzustellen sein, ob eine Erbeseinsetzung vorliegt oder nicht. Ergibt sich der für eine solche charakteristische Willensinhalt der Erklärung des Erblassers aus der Verfügung, so kann auf die Worte, in welchen der erklärte Wille seinen Ausdruck gefunden hat, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden (R.G. R. d. O.L. 3 S. 115). Der Gebrauch des Wortes Erbe wird nicht verlangt. Deshalb ist aber auch trotz der Bezeichnung des Bedachten als Erbe eine Erbeseinsetzung wenigstens im Zweifel nicht anzunehmen, wenn ihm nur einzelne Gegenstände zugewendet sind; der Wille einer Erbeseinsetzung wird sich allerdings ausnahmsweise dann nicht bezweifeln lassen, wenn der Erblasser über den ganzen Bestand seines künftigen Aktivvermögens durch Zuwendung der einzelnen Bestandteile an einzelne Bedachte verfügt (R.G. R. d. O.L. 3 S. 380), z. B. angeordnet hat, daß sein zur Zeit des Erbfalls vorhandenes unbewegliches Vermögen an A, das bewegliche Vermögen an B fallen soll (§ 2087). Ordnet der Erblasser an, daß der Bedachte eine Quote des reinen Nachlasses

nach Abzug aller Verbindlichkeiten erhalten solle, so liegt die Zuwendung eines Quantum, keine Erbeinsetzung vor (legatum partitionis).

a) Der Satz: „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ hat Anerkennung nicht gefunden.

1. Zulässig ist, daß der Erblasser nur einen Erben einsetzt, die Einsetzung aber auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt, z. B. lediglich bestimmt, X soll die Häfte meines Nachlasses erhalten. Alsdann tritt in Ansehung des übrigen Teiles die gesetzliche Erbfolge ein.

2. Das gleiche gilt, wenn der Erblasser mehrere Erben unter Beschränkung eines jeden auf einen Bruchteil eingesetzt hat und die Bruchteile das Ganze nicht erschöpfen, z. B. wenn die Anordnung lautet: Ich setze X und Y als Erben ein, jedoch soll jeder von ihnen nur ein Viertel meines Nachlasses erhalten. Auch hier ist das Anrecht der Bedachten genau abgegrenzt und daraus der Wille des Erblassers erkennbar, daß der nicht verteilte Überschuß, die zweite Hälfte, an die gesetzlichen Erben fallen soll (§ 2088).

b) Das Teilungsverhältnis mehrerer, welche auf die ganze Erbschaft oder neben anderen Erben gemeinschaftlich oder Quoten auf einen und denselben Bruchteil, z. B. die Hälfte der Erbschaft (gemeinschaftlichen Erbteil), berufen sind, bestimmt sich nach den den Willen des Erblassers ergänzenden Dispositivvorschriften der §§ 2089 bis 2093 [1]); erhellt ein abweichender Wille des Erblassers, so ist dieser maßgebend. Die Verbindung der Einsetzung mehrerer Erben in einem Satze für sich neben anderen in gesonderten Sätzen ausgesprochenen Erbeinsetzungen gestattet ebensowenig wie die Einsetzung mehrerer unter einer Gesamtbezeichnung den sicheren Schluß, daß die so Verbundenen auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt, conjunctim instituti, re conjuncti sein sollen; eher dürfte bei einer Aufführung der Erben unter besonderen Ziffern auf die Verbindung mehrerer unter einer Ziffer Gewicht zu legen sein.

II. Anwachsungsrecht.

Von dem Anwachsungsrecht ist nur bei der Erbeseinsetzung, auch bei dem Vermächtnis (§ 2158), die Rede. Es besteht darin, daß der Erbteil eines eingesetzten Erben, der wegfällt, einem anderen Erben zufällt.

a) Für die gesetzliche Erbfolge kommt es nicht in Betracht.

[1]) Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn mehreren derselbe Gegenstand vermacht ist (§ 2157).

1. Stirbt einer von mehreren Erben vor dem Erbfall, so wird er nach § 1923 überhaupt nicht Erbe[1]).

2. Fällt aber ein zur Zeit des Erbfalls vorhandener gesetzlicher Erbe nachträglich weg, sei es durch Ausschlagung, sei es durch Erbunwürdigkeit (§§ 1953, 2344), so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt.

b) Dagegen tritt grundsätzlich nach der mutmaßlichen Willensmeinung des Erblassers die Anwachsung ein, wenn einer oder der andere von mehreren eingesetzten Erben vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt; der Erblasser kann jedoch die Anwachsung auch ausschließen[2]).

1. Der Erblasser hat über den ganzen Nachlaß durch Einsetzung mehrerer Erben in der Weise verfügt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen, was z. B. auch nach § 2089 zutrifft. Hier wächst der Anteil des weggefallenen Erben den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile an; sind jedoch einige dieser Erben, deren Erbteile das Ganze erschöpfen oder übersteigen, auf einen gemeinschaftlichen Erbteil, also auf eine und dieselbe Quote der Erbschaft (§ 2093), gemeinschaftlich oder nach Bruchteilen eingesetzt, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein.

2. Der Erblasser hat die gesetzliche Erbfolge nicht vollständig ausgeschlossen, vielmehr durch die Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft, z. B. die Hälfte, verfügt, in Ansehung des übrigen Teils, also z. B. der anderen Hälfte, es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen. Hier tritt die Anwachsung unter den gesetzlichen Erben nicht schlechthin, sondern nur ein, soweit sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind (§ 2094). Ist also z. B. verordnet, A sei mein Erbe zu einem Drittel, B zu einem Drittel, während in Ansehung des letzten Drittels die gesetzliche Erbfolge stattfindet, so erhalten bei Wegfall des A dessen Drittel ebenfalls die gesetzlichen Erben, es wächst also nicht dem B an. Ist dagegen verfügt: A und B sollen zusammen ein Drittel erhalten, C ein zweites Drittel erben, so würde bei Wegfall des A dessen Anteil an dem ersten Drittel dem B und nicht den gesetzlichen Erben, die das letzte Drittel erben, zufallen.

c) Die Härte, welche darin liegen kann, daß die Anwachsung ohne den Willen des Erben erfolgt (§§ 1947, 1950), wird dadurch gemildert, daß der durch Anwachsung einem Erben anfallende

[1]) Der Erbverzicht bewirkt ebenfalls den Ausschluß von der Erbfolge (§§ 2346, 2352).
[2]) Vgl. §§ 1951 Abs. 3, 2279.

Erbteil in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht, mit welcher der ursprüngliche oder der zuwachsende Erbteil belastet ist, als besonderer Erbteil gilt (§ 2095)[1]. Ein Vermächtnisnehmer z. B. kann deshalb Befriedigung lediglich aus dem Erbteile verlangen, welcher mit dem Vermächtnisse belastet ist. Sind die Erbteile verschieden beschwert, so bestimmt sich auch die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten in Ansehung eines jeden der Erbteile so, wie wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten (§ 2007).

d) Dem Anwachsungsrechte geht das Recht des Ersatzerben (III) vor (§ 2099), so daß ersteres nur in Ermangelung eines Substituten Platz greift.

III. Ersatzerbe.

Die Erbeinsetzung kann auch in der Weise erfolgen, daß der Erblasser einen Ersatzerben beruft, einem vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls aus irgendwelchem Grunde, z. B. infolge Todes oder Erbunwürdigkeit oder Ausschlagung der Erbschaft oder Unwirksamkeit der Erbeseinsetzung wegfallenden gesetzlichen oder testamentarischen Erben, der also als solcher aus einem tatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht in Betracht kommt, einen anderen als Erben substituiert (substitutio vulgaris). Der Erblasser ist selbstverständlich nicht behindert, die Ersatzerbeinsetzung nur für bestimmte Fälle anzuordnen, für andere auszuschließen. Indessen gilt die im gem. Rechte streitige Auslegungsregel, daß, wenn der Erblasser den Ersatzerben für den Fall des Nichtkönnens oder des Nichtwollens des zunächst berufenen Erben eingesetzt hat, die Einsetzung sich auf beide Fälle bezieht (§§ 2096, 2097).

Sind die Erben insgesamt einander gegenseitig oder für einen von ihnen die übrigen als Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach dem Verhältnis ihrer Erbteile als Ersatzerben berufen sind. Sind jedoch einzelne Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt (conjunctim instituti), während sämtliche Erben gegenseitig als Ersatzerben berufen sind, so gilt die Auslegungsregel, daß die re conjuncti als Ersatzerben für den gemeinschaftlichen Erbteil den anderen vorgehen, insoweit also den Vorzug genießen (§ 2098).

Unbedenklich ist es wohl, daß, wenn der in erster Reihe genannte

---

[1]) Vgl. §§ 1935 (Wegfall eines gesetzlichen Erben), 2159 (Wegfall eines Vermächtnisnehmers).

Ersatzerbe in Wegfall kommt, ein an seiner Stelle berufener zweiter Ersatzerbe auch als unmittelbarer Ersatzerbe des eingesetzten Erben eintritt (substitutus substituto est substitutus instituto).

§ 113.

Einsetzung eines Nacherben (§§ 2100 bis 2146)[1].

I. Begriff.

Während der Ersatzerbe bei der substitutio vulgaris unter der Bedingung des Wegfalls des Erstberufenen eingesetzt ist, also Erbe sein soll, wenn es der erste tatsächlich oder rechtlich nicht wird, kann der Erblasser einen Erben auch in der Weise einsetzen (fideikommissarische Substitution), daß dieser erst Erbe wird (Nacherbe), nachdem zunächst ein anderer kraft Gesetzes oder Verordnung von Todes wegen (vgl. § 2105) Erbe geworden ist.

Zu einer wirklichen Nacherbschaft kann es also nur kommen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge noch nicht erfüllt sind, wenn also nach dem Tode des Erblassers vor dem Übergange der Erbschaft auf den Nacherben eine Zeit sich einschaltet, in welcher ein anderer, der Erstberufene, Vorerbe, Fiduziar, wirklicher Erbe ist (§ 2100); der gemeinrechtliche Grundsatz: semel heres, semper heres ist damit verworfen. Die Annahme einer Nacherbeinsetzung, die eine Belastung des Vorerben enthält und den Nachlaß dem freien Verkehr entzieht, wird deshalb nicht begünstigt. Bestehen Zweifel, ob jemand als Ersatzerbe oder als Nacherbe eingesetzt ist, so gilt er nur als Ersatzerbe. Dagegen enthält die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe (§ 2102). Dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht auch die Annahme, daß, wenn er einem kinderlosen oder für kinderlos gehaltenen Abkömmlinge für die Zeit nach dessen Tode einen Nacherben bestimmt, die Nacherbfolge nur für den Fall eintreten soll, daß der Abkömmling ohne Nachkommenschaft stirbt. Hinterläßt mithin der Erbe seinerseits bei seinem Ableben einen erbberechtigten oder nicht erbberechtigten Abkömmling, so schließt dieser den eingesetzten Nacherben aus, sofern nicht ein abweichender Wille des Erblassers erhellt (§ 2107).

In einzelnen Fällen wird ausnahmsweise Nacherbeinsetzung

[1]) Vgl. §§ 242, 326, 728, 750, 768, 773, 998 C.P.O.

angenommen, um den Anordnungen des Erblassers gerecht zu werden (§ 2084).

a) Eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person kann nicht Erbe werden (§ 1923). Die Erbeinsetzung einer solchen Person würde deshalb an sich hinfällig sein. Durch Aufstellung einer Auslegungsregel wird jedoch eine dem Willen des Erblassers mehr entsprechende Umdeutung in eine die Einsetzung des noch nicht Empfangenen als Nacherbe bezielende Anordnung erreicht (Konversion)[1]. Entspricht es ausnahmsweise nicht dem Willen des Erblassers, daß der Eingesetzte Nacherbe werden soll, hat der Erblasser vielmehr vorausgesetzt, daß der Bedachte noch bei seinen Lebzeiten empfangen werde, so ist die Einsetzung unwirksam.

b) Das gleiche (a) gilt von der Einsetzung einer juristischen Person, die erst nach dem Erbfall zur Entstehung gelangt; in Ansehung einer Stiftung, die erst nach dem Tode des Stifters genehmigt wird, bleibt jedoch die Vorschrift des § 84 unberührt, wonach sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden gilt (§ 2101).

c) Auch die Auflage, die Erbschaft oder einen Erbteil (§ 1922) mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses einem anderen herauszugeben, ist in eine Einsetzung dieses andern als Nacherben umzudeuten (§ 2103). Darauf kommt es für die Zulässigkeit der Umdeutung nicht an, ob der Vorerbe durch Gesetz oder Verordnung von Todes wegen berufen ist, dagegen ist es eine notwendige Voraussetzung, daß der Nächstberufene nach dem Inhalte der Anordnung nicht sofort nach dem Erbfalle herausgeben soll. Ist die sofortige Herausgabe verordnet, so wird nach den Umständen des einzelnen Falles bald eine unmittelbare Erbeinsetzung, bald eine unverständliche und deshalb unwirksame Verfügung anzunehmen sein.

Hat der Erblasser bei Anordnung der Nacherbfolge die Person des Nacherben bzw. Vorerben oder den Zeitpunkt ihres Eintritts nicht bestimmt, so wird der mutmaßliche Wille des Erblassers nach den Dispositivvorschriften der §§ 2104 bis 2106 zu ergänzen sein.

II. Anfall der Erbschaft.

Die Anordnung einer Nacherbschaft ist Erbeinsetzung (vgl. auch

---

[1]) Die gesetzlichen Erben des Erblassers sind alsdann die Vorerben, dem Nacherben fällt die Erbschaft mit dessen Geburt an (§§ 2105 Abs. 2, 2106 Abs. 2).

§ 2104). Das Recht des Nacherben besteht abweichend vom gem. Recht nicht in einem von dem Erwerbe des Erstberufenen abhängigen obligatorischen Anspruch auf Restitution der Erbschaft, wobei ersterer auch nach dieser Restitution Erbe bleibt; es wird vielmehr als ein unter zeitlicher Beschränkung des Rechts des Vorerben von dem Erblasser selbst angeordneter, von der Restitution durch den Vorberufenen unabhängiger Erbschaftserwerb behandelt (§ 2139)[1]. Hieraus folgt:

a) Der Nacherbe erwirbt bereits mit dem Erbfall ein den Vorerben in seiner Verfügung beschränkendes festes Recht auf die Nacherbfolge, einen Anspruch auf den künftigen Anfall der Erbschaft (R.G. R. 02 S. 350). Demgemäß geht, wenn er den Eintritt des Erbfalls erlebt, aber vor dem Eintritt des Falls der Nacherbfolge verstirbt, sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2108 Abs. 2).

b) Nacherbe kann nur werden, wer zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge lebt; eine zu dieser Zeit bereits empfangene Person gilt als vordem geboren (§§ 2108, 1923).

c) Die Einsetzung zum Nacherben kann auch unter einer aufschiebenden Bedingung geschehen; alsdann soll nach der Auslegungsregel des § 2074 die Zuwendung nur gelten, wenn der Nacherbe den Eintritt der Bedingung erlebt (§ 2108 Abs. 2).

III. Dauer der Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung.

Der Nachlaß darf durch die Anordnung einer Nacherbschaft nicht auf unabsehbare Zeit gebunden und dem freien Verkehr entzogen werden. Deshalb ist in dem gem. Recht die Nacherbfolge nach der Zahl der Fälle abgegrenzt und auf die Zulassung eines bestimmten mehrmaligen Sukzessionswechsels beschränkt. Reichsrechtlich wird von einer derartigen Beschränkung abgesehen, dagegen die Einsetzung eines Nacherben mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht bereits vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Die Vinkulierung des Nachlasses über diesen Zeitraum hinaus bleibt nur ausnahmsweise wirksam:

a) wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis, z. B. die Verlegung des Wohnsitzes oder die Verheiratung, eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des

---

[1] Vgl. §§ 52, 36 Gr.O. (R.G. Joh. 20 S. 81, 22 S. 299).

Erbfalls lebt; fehlt es auch nur an einer dieser beiden Voraussetzungen, so bewendet es bei der regelmäßigen 30jährigen Frist, wie stets dann, wenn der Vorerbe oder Nacherbe eine juristische Person ist;

b) wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherbe bestimmt ist (§ 2109). Vgl. noch §§ 2162, 2163 (Vermächtnis).

IV. Verfügungsrecht des Vorerben.

Der Vorerbe ist zunächst Erbe, erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört er auf Erbe zu sein (§ 2139); auch wenn er die Erbschaft schon früher, z. B. auf Grund eines Vertrags, dem Nacherben herausgibt, behält er die Erbenqualität bis zu dem angegebenen Zeitpunkt bei. Gegenstand der Vorerbschaft ist deshalb die Erbschaft[1]) als ein universum ius. Der Vorerbe wird mit dem Erbfall Eigentümer der Nachlaßsachen und wie jeder Erbe berechtigt und verpflichtet; aber sein Recht trägt den Keim der Auflösung in sich; es ist durch das Recht des Nacherben, dem mit dem Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft von selbst anfällt, und dem das Vermögen für diesen Fall unverkürzt erhalten bleiben muß, beschränkt.

a) Dem Vorerben steht hiernach grundsätzlich die Befugnis zu, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände zu verfügen (R.G. R. 02 S. 350, R. d. O.L. 4 S. 456)[2]). Allein diese Verfügungsbefugnis unterliegt gewissen Beschränkungen.

1. Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück, auch über eine Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld[3]), sowie die Verfügung über einen jeden Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich bzw. zum Zwecke der

---

[1]) Wegen des Umfangs vgl. §§ 2110, 2111.

[2]) Tritt während des Rechtsstreits zwischen einem Vorerben und einem Dritten über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand der Fall der Nacherbfolge ein, so finden inhalts des § 242 C.P.O., sofern der Vorerbe befugt war, ohne Zustimmung des Nacherben über den Gegenstand zu verfügen, hinsichtlich der Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens die Vorschriften des § 239 das. (Tod einer Partei) entsprechende Anwendung. Vgl. jedoch § 246 ebendort.

[3]) Will ein Vorerbe eine zum Nachlasse gehörige Hypothek oder Grundschuld für einen Dritten umschreiben lassen, so muß er beantragen, daß ein Vorbehalt der Rechte der Nacherben miteingetragen werde, oder die Bewilligung der vorbehaltlosen Umschreibung seitens der Nacherben beibringen (K.G. Joh. 25 S. 303, R. d. O. L. 6 S. 329, R. 03 S. 292).

Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens oder im Wege der Zwangsvollstreckung bzw. Arrestvollziehung bzw. durch den Konkursverwalter erfolgt, ist, von gewissen Ausnahmefällen, beispielsweise remuneratorischen Schenkungen (R.G. 29 S. 190 ff.), abgesehen (vgl. oben S. 105), im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (§§ 2113, 2114, 2115); die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer Sache wirkt aber niemals als Verfügung über dieselbe (§§ 883 ff. C.P.O.). Soweit die Unwirksamkeit eintritt, kann sie von jedem, nicht bloß von dem Nacherben, geltend gemacht werden; auch müssen die Konkursgläubiger im Konkurse des Vorerben das Recht des Nacherben respektieren (R.G. J.W. 00 S. 662), während ein gegen den Kridar bestehendes relatives Veräußerungsverbot ihnen gegenüber seine Wirkung verliert (§§ 131, 128 K.O.)[1]).

2. Die Kündigung und Einziehung einer zur Erbschaft gehörenden Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld steht dem Vorerben zu; doch kann er nur verlangen, daß das Kapital an ihn, nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben, gezahlt (K.G. Joh. 22 S. 317) oder daß es für ihn und den Nacherben hinterlegt wird (§ 2114).

b) Der Vorerbe kann über die auf Verlangen des Nacherben nach Maßgabe des § 2116[2]) hinterlegten Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehenen Ordrepapiere nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen. Er ist jedoch befugt, die Inhaberpapiere, statt sie zu hinterlegen, auf seinen Namen mit der Bestimmung umschreiben lassen, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann; sind diese Papiere von dem Reiche oder einem Bundesstaate ausgestellt, so kann er sie mit der gleichen Bestimmung in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat umwandeln lassen (§§ 2116, 2117)[3]). — Gehören zur Erbschaft Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat, so ist der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben verpflichtet, in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen, daß er über die Forderungen nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann (§ 2118)[4]).

---

[1]) Vgl. § 773 C.P.O.

[2]) Vgl. noch Art. 85 A.G.

[3]) Vgl. §§ 1343 (Verwaltungsgemeinschaft) 1814, 1815 (Vormundschaft).

[4]) Vgl. § 1816 (Vormundschaft).

c) Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dauernd anzulegen ist, darf der Vorerbe nur nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften (§§ 1806 ff.) anlegen (§ 2119).

V. Rechtsverhältnis zwischen dem Vor- und Nacherben.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben erzeugt eine Reihe obligatorischer Ansprüche und Verpflichtungen.

a) Der Vorerbe hat dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen (§ 2121).

b) Dem Nacherben steht wie dem Vorerben das Recht zu, den Zustand der zur Erbschaft gehörenden Sachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen zu lassen (§ 2121)[1].

c) Der Vorerbe ist bis zur Herausgabe der Erbschaft zu deren ordnungsmäßiger Verwaltung berechtigt und verpflichtet. Deshalb wird für den Fall, daß zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten, eine Verfügung erforderlich ist, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann (§§ 2113 ff.), dem letzteren im Verhältnis zu dem ersteren die Verpflichtung auferlegt, seine Einwilligung zu der Verfügung zu erteilen (§ 2131).

1. Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 2120).

2. Veränderungen oder Verschlechterungen von Erbschaftssachen, die durch ordnungsmäßige Benutzung herbeigeführt werden, hat der Vorerbe nicht zu vertreten (§ 2132)[2]. Zieht der Vorerbe Früchte den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider, oder zieht er Früchte deshalb im Übermaße, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses, z. B. infolge eines verheerenden Raupenfraßes, notwendig geworden ist, so gebührt ihm der Wert der Früchte nur in einem beschränkten Umfange. Er hat darauf nur insoweit Anspruch, als durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die ihm gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden, z. B. bei Windbruch künftig, aber noch vor Eintritt der Nacherbfolge, schlagbarer Bäume; er kann

[1] Vgl. §§ 1034 (Nießbrauch), 1372 (Verwaltungsgemeinschaft).

[2] Vgl. §§ 548 (Miete), 1050 (Nießbrauch).

den Wert trotz solcher Beeinträchtigung nicht beanspruchen, soweit er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist (§ 2133)[1]).

3. Gehört ein Wald oder ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage zur Erbschaft, so kann, entsprechend dem § 1038 (Nießbrauch), sowohl der Vorerbe als der Nacherbe verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan festgestellt werden (§ 2123).

4. Der Vorerbe trägt dem Nacherben gegenüber die gewöhnlichen Erhaltungskosten, dagegen nicht die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind; solche Lasten, sowie andere Aufwendungen, die er zum Zwecke der Erhaltung dieser Gegenstände den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er aus der Erbschaft bestreiten (§§ 2124, 2126)[2]).

d) Der Nacherbe ist berechtigt, von dem Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu verlangen, jedoch nur, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt (§ 2127).

e) Der Nacherbe kann aber auch Sicherheitsleistung verlangen, wenn durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet wird (§ 2128 Abs. 1)[3]).

1. Die für die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung geltenden Vorschriften des § 1052 finden entsprechende Anwendung. Deshalb kann der Nacherbe nach rechtskräftiger Verurteilung des Vorerben zur Sicherheitsleistung statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Verwaltung der Erbschaft für Rechnung des Vorerben einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird, vorausgesetzt, daß der Vorerbe nicht vor dem Ablauf einer auf Antrag des Nacherben gesetzten Frist die Sicherheit leistet.

2. Wird dem Vorerben die Verwaltung nach den Vorschriften des § 1052 cit. entzogen, so verliert er das Recht, über Erbschaftsgegenstände zu verfügen (§ 2129 Abs. 1). Gutgläubigen Dritten wird nach Maßgabe des § 2129 Abs. 2 Schutz gewährt.

---

[1]) Vgl. § 1039 (Nießbrauch).
[2]) Vgl. § 1047 (Nießbrauch).
[3]) Vgl. § 1051 (Nießbrauch).

f) Nach dem Eintritt der Nacherbfolge gestalten sich die beiderseitigen Beziehungen wie folgt:

1. Für den Vorerben besteht die Verpflichtung,

α) die Erbschaft (vgl. auch noch § 2110 Abs. 1) einschließlich der surrogierten Gegenstände (§ 2111) dem Nacherben in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt,

β) den Wert der Erbschaftsgegenstände, die er für sich verwendet hat, unbeschadet weitergehender Haftung wegen Verschuldens, zu ersetzen (§ 2134),

γ) auf Verlangen Rechenschaft abzulegen (§ 2130).

αα) Auf die Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstücks findet die Vorschrift des § 592 (Pacht), auf die Herausgabe eines Landguts finden die Vorschriften der §§ 592, 593 entsprechende Anwendung (§ 2130)[1].

ββ) Hat der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermietet oder verpachtet, so ist, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis bei dem Eintritte der Nacherbfolge noch besteht, wie in den Fällen der §§ 1423, 1663 die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften des § 1056 (Nießbrauch) verordnet.

2. Der Nacherbe ist verpflichtet,

α) die nicht zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten zu rechnenden Aufwendungen, die der Vorerbe zum Zweck der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten darf, sowie die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert, nicht auf die Nutzungen der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind, zu ersetzen; vorausgesetzt wird hierbei, daß der Vorerbe diese Aufwendungen und Kosten nicht aus der Erbschaft, sondern aus seinem Vermögen bestritten hat (§§ 2124 Abs. 2, 2126),

β) sonstige Verwendungen des Vorerben auf die Erbschaft, die nicht unter § 2124 cit. fallen, die man also zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten nicht rechnen — letztere trägt ja der Vorerbe (oben c 4) —, die aber auch der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach nicht für erforderlich erachten konnte, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung

[1] Vgl. §§ 1055 (Nießbrauch), 1421 (Verwaltungsgemeinschaft), 1663 Abs. 2 (elterliche Nutznießung).

ohne Auftrag (§§ 683ff.) zu ersetzen; der Vorerbe ist aber auch berechtigt, eine Einrichtung, mit der er eine zur Erbschaft gehörende Sache versehen hat, wegzunehmen (§ 2125)[1]).

VI. Befreiter Vorerbe; Nacherbschaft auf den Überrest.

Der Erblasser kann dem Vorerben eine noch selbständigere Rechtsstellung einräumen, ihm in bezug auf Verwaltung und Verfügung noch größere Freiheit gewähren, er kann ihn von allen gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen (§§ 2113 Abs. 1, 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134), insbesondere auch von der Sicherheitsleistung entbinden. Nur die Schranke, die dem Vorerben in Ansehung unentgeltlicher Verfügungen über die Erbschaftsgegenstände durch § 2113 Abs. 2 gesetzt ist, kann er nicht beseitigen[2]), auch dem Nacherben die notwendigen Grundlagen für die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs, nämlich die Befugnis, die Mitteilung eines Verzeichnisses der Erbschaftsgegenstände gemäß § 2121 zu verlangen und den Zustand dieser Gegenstände feststellen zu lassen (§ 2122), nicht entziehen (§ 2136). Eine solche weitgehende Befreiung in dem angegebenen Umfange gilt als angeordnet, wenn der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt hat, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird (Nacherbschaft auf den Überrest, fideicommissum in id, quod super erit); sie ist im Zweifel aber auch anzunehmen, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll (§ 2137).

a) In diesen Fällen der Nacherbschaft auf den Überrest beschränkt sich die Herausgabepflicht des Vorerben auf die bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände einschließlich der Surrogate (§ 2111), vgl. noch § 2110. Dem Nacherben steht jedoch ein Anspruch auf Schadenersatz zu, wenn der Vorerbe

---

[1]) Vgl. § 1049 (Nießbrauch).

[2]) Das Grundbuchamt kann deshalb für die Löschungsbewilligung des befreiten Vorerben die Zustimmung des Nacherben nur fordern, wenn Anlaß für die Annahme besteht, daß eine unentgeltliche Verfügung vorliege, oder wenn das Rechtsgeschäft nicht ersichtlich ist und das Nichtvorliegen einer unentgeltlichen Verfügung nicht erwiesen wird (K.G. Joh. 25 S. 279). Auch im Falle der weitgehendsten Befreiung ist bei der Eintragung des Vorerben zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen unter gleichzeitigem Vermerke der Befreiungen einzutragen. Ohne solche vorgängige Eintragung kann deshalb die Auflassung des Nachlaßgrundstücks auch durch den befreiten Vorerben nur mit Zustimmung des Nacherben erfolgen (K.G. R. 03 S. 397).

entweder der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 zuwider, also unentgeltlich, über einen Erbschaftsgegenstand verfügt,
oder die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert hat (§ 2138).

b) Der Vorerbe kann für Verwendungen auf Gegenstände, die er infolge der Beschränkung seiner Pflicht (a) nicht herauszugeben hat, Ersatz nicht verlangen.

VII. Rechtsstellung des Nacherben, insbesondere Dritten gegenüber.

Die Erbschaft verbleibt mangels anderweiter Bestimmung des Erblassers dem Vorerben, sofern der Nacherbe sie ausschlägt (§ 2142 Abs. 2); sie fällt also nicht an den durch das Testament ausgeschlossenen Intestaterben des Erblassers (R.G. 43 S. 233). Zu dieser Ausschlagung ist der Nacherbe schon mit dem Eintritt des Erbfalls (§ 1922) befugt[1]). Dagegen fällt ihm die Erbschaft erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge an (§§ 2139, 2142). Mit diesem Momente hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein. Er ist trotzdem zur Verfügung über Nachlaßgegenstände in dem gleichen Umfange wie vorher berechtigt, bis er von dem Eintritt Kenntnis erlangt oder ihn kennen muß; ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts den Eintritt kennt, oder nur aus Fahrlässigkeit nicht kennt (§§ 2139, 2140)[2]).

a) Tritt die Nacherbfolge ein, so gelten wie nach § 1976 (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs) die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse mit Rückwirkung als nicht erloschen (§ 2143).

b) Die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten gelten auch für den Nacherben; der letztere kann mithin selbständig für seine Sicherung in Ansehung der Haftung sorgen; die Versäumnisse des Vorerben, z. B. aus § 1994 berühren ihn nicht. Der Umfang der Haftung des Nacherben bestimmt sich nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge; an die Stelle des Nachlasses tritt deshalb auch rücksichtlich des von dem Nacherben zu errichtenden Inventars dasjenige, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt, mit Einschluß der ihm gegen den Vorerben als solchen zuständigen Ansprüche, z. B. auf Wertsersatz für

[1]) Die Frist des § 1944 beginnt aber für den Nacherben erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge (R.G. D. J.Z. 02 S. 263; K.G. R. d. O.L. 5 S. 234).

[2]) Vgl. §§ 1424, 1682.

ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtbezug oder für eigene Verwendung von Erbschaftsgegenständen (§§ 2133, 2134).

1. Das von dem Vorerben errichtete Inventar kommt gleichwohl auch dem Nacherben zustatten[1]). Den Nachlaßgläubigern geschieht kein Abbruch, wenn bis zum Beweise des Gegenteils die Haftung des Nacherben nicht weiter reicht als die des Vorerben (§ 2009).

2. Der Nacherbe kann sich dem Vorerben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den übrigen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet (§ 2144).

c) Die Haftung des Vorerben für die Nachlaßverbindlichkeiten, welche mit dem Eintritt der Nacherbfolge grundsätzlich erlischt, bleibt ausnahmsweise insoweit bestehen, als der Nacherbe nicht haftbar ist. Diese Ausnahme trifft insbesondere zu in Ansehung der Vermächtnisse, welche den Vorerben allein belasten, sowie in Ansehung aller Verbindlichkeiten, für welche der Vorerbe, z. B. wegen Verabsäumung der Inventarfrist (§ 1994) oder mangels Vorbehalts im Urteil (§ 780 C.P.O.), unbeschränkt, der Nacherbe dagegen nur beschränkt haftet.

Der Fortbestand der Haftung des Vorerben ist aber fernerhin auch bezüglich derjenigen Nachlaßverbindlichkeiten verordnet, welche im Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben ersterem zur Last fallen, z. B. der gewöhnlichen Erhaltungskosten (§ 2124 Abs. 1); insoweit haften den Gläubigern gegenüber beide solidarisch.

Die Haftung des Vorerben kann als eine unbeschränkte, aber auch als eine beschränkte fortdauern. Letzterenfalls kann der Vorerbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten insoweit verweigern, als dasjenige nicht ausreicht, was ihm z. B. an gezogenen Nutzungen von der Erbschaft gebührt; macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so finden die Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung (§ 2145); vgl. oben S. 898 ff.

d) Der Vorerbe ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, den Eintritt der Nacherbfolge unverzüglich (§ 121) dem Nachlaßgericht anzuzeigen (§ 2146).

e) Ein Urteil, das zwischen einem Vorerben und einem Dritten über einen gegen den Vorerben als Erben gerichteten Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht, wirkt, sofern

[1]) Vgl. §§ 2004, 2063, 2383.

es vor dem Eintritt der Nacherbfolge rechtskräftig wird, für den Nacherben (§ 326 Abs. 1 C.P.O.). Ein Urteil, das zwischen einem Vorerben und einem Dritten über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht, wirkt auch gegen den Nacherben, sofern der Vorerbe befugt ist, ohne Zustimmung des Nacherben über den Gegenstand zu verfügen (§ 326 Abs. 2 das.). Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für und gegen den Nacherben bestimmt sich nach § 728 Abs. 1 ebendort.

§ 114.

Vermächtnis (§§ 2147 bis 2191)[1].

I. Begriff.

Unter Vermächtnis versteht man

a) die Vermächtnisanordnung,

b) den Gegenstand der Verfügung,

c) deren Erfolg und zwar bald den Erfolg für den Bedachten (die objektive Zuwendung), bald den Erfolg für den Beschwerten (die objektive Beschwerung).

Der Erblasser kann die Anordnung durch Testament oder Erbvertrag treffen, indem er einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, ohne ihn als Universalsukzessor zu berufen, einen quantitativen Vermögensvorteil zuwendet (§§ 1939, 1941). Dem Bedachten steht in allen Fällen nur ein obligatorischer Erfüllungsanspruch zu (§§ 2174, 2176). Das Vindikationslegat ist damit abgelehnt; auch wenn ein bestimmter Nachlaßgegenstand vermacht ist, fällt er dem Legatar nicht unmittelbar an.

II. Die Beteiligten.

a) Die Bestimmung des Vermächtnisses enthält eine Belastung. Deshalb darf nur derjenige mit einem Vermächtnis beschwert werden, der aus dem Nachlasse eine Zuwendung empfängt, also der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer, auch einer von mehreren Erben oder Legataren, auch ein Vorerbe oder Nacherbe. Mangels anderweiter Verordnung des Erblassers ist Vermächtnisträger der durch Gesetz oder Verordnung von Todes wegen berufene Erbe (§ 2147).

Sind mehrere Erben oder mehrere Vermächtnisnehmer mit demselben Vermächtnisse beschwert, so sind im Zweifel die Erben nach dem

[1]) Die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften finden auf erbvertragsmäßige Zuwendungen entsprechende Anwendung (§ 2279).

Verhältnisse der Erbteile, die Vermächtnisnehmer nach dem Verhältnisse des Wertes der Vermächtnisse beschwert (§ 2148); ist der Gegenstand des Vermächtnisses unteilbar, so tritt nach § 431 gesamtschuldnerische Haftung ein.

Ein Vermächtnis, auch ein Vorausvermächtnis, bleibt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, wirksam, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird; beschwert ist in diesem Falle derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommt (§ 2161).

b) Der Vermächtnisnehmer muß eine von dem Erblasser verschiedene Person sein, insbesondere kann durch Erbvertrag sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter bedacht werden (§ 1941 Abs. 2). Das Vermächtnis ist unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt (§ 2160).

1. Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt, oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt[1]), so wird das Vermächtnis mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Bedachte erzeugt oder das Ereignis eingetreten ist, durch das seine Persönlichkeit bestimmt wird (§ 2162 Abs. 2); es bleibt nur ausnahmsweise nach Maßgabe des § 2163 wie die Nacherbfolge (§ 2109) auch nach diesem Zeitpunkt wirksam.

2. Eine Mehrzahl von Personen kann in verschiedener Weise bedacht werden.

α) Ist mehreren derselbe Gegenstand vermacht, so finden die Vorschriften der §§ 2089 bis 2093 entsprechende Anwendung (§ 2157).

β) Der Erblasser kann mehrere auch in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis bzw. was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll (§§ 2151 bis 2153).

3. Die Zuwendung eines Vermächtnisses an einen Erben ist statthaft (Vorausvermächtnis). Auch in Ansehung des Teiles, zu welchem der Erbe selbst belastet ist, gilt das Vermächtnis abweichend vom gem. Recht nicht als nichtig; der bedachte Erbe behält auch insoweit alle Rechte des Erben, erlangt aber zugleich, soweit ihm die Eigenschaft

---

[1]) Über den Anfall entscheiden die §§ 2178, 2179.

als Legatar eine günstigere Rechtsposition gewährt, z. B. den übrigen Legataren gegenüber, diese ihm vorteilhaftere Stellung (§ 2150).

Hat der Erblasser bestimmt, daß dem eingesetzten Erben ein Erbschaftsgegenstand nicht zufallen soll, so gilt der Gegenstand als den gesetzlichen Erben vermacht, zu denen hier der Fiskus nicht gehört (§ 2149), da offenbar nur die Erhaltung in der Familie gewollt ist (vgl. auch § 2104).

Auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis erstreckt sich das Recht des Nacherben im Zweifel nicht (§ 2110).

III. Gegenstand.

Zum Gegenstand eines Vermächtnisses kann alles gemacht werden, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses (§§ 2174, 2176) sein kann, auch der Besitz einer Sache (§ 2169 Abs. 2) und eine Handlung. Der Umfang des Vermächtnisses bestimmt sich nach den §§ 2164 bis 2168. Hiernach erstreckt sich das Vermächtnis einer Sache im Zweifel auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör. Dagegen kann der Vermächtnisnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der Rechte verlangen, mit denen ein zur Erbschaft gehörender, ihm vermachter Gegenstand belastet ist. Ruht aber auf einem legierten Grundstücke eine dem Erblasser selbst zustehende Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so ist aus den Umständen zu entnehmen, ob dieses Recht als mitvermacht zu gelten hat.

a) Der Gegenstand muß bestimmt sein; vgl. oben S. 253 ff.

1. Der Erblasser kann bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen (nicht freiem Belieben) des Beschwerten oder eines Dritten überlassen; die §§ 315 bis 319 finden alsdann entsprechende Anwendung (§ 2156).

2. Der Erblasser kann ein Vermächtnis auch in der Weise anordnen, daß der Bedachte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den anderen (Wahlvermächtnis) erhalten soll (§ 2154); die Wahl steht dem Beschwerten zu, sofern sie nicht einem Dritten übertragen ist, bzw. sofern dieser sie nicht treffen kann[1]).

3. Hat der Erblasser die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt (Gattungsvermächtnis), so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten (§ 2155).

[1]) Vgl. § 80 R.G. F.G.

b) Der vermachte Gegenstand kann dem Erblasser oder einem Dritten, auch dem Beschwerten oder dem Bedachten selbst gehören. Das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes ist jedoch unwirksam, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls, gleichgültig, ob infolge Veräußerung durch den Erblasser oder Verlust ohne seinen Willen, nicht zur Erbschaft gehört; zur Erbschaft gehört in diesem Sinne ein Gegenstand auch dann nicht, wenn der Erblasser zu dessen Veräußerung nur obligatorisch verpflichtet ist, das dingliche Veräußerungsgeschäft aber noch nicht stattgefunden hat.

Die Unwirksamkeit eines derartigen Vermächtnisses tritt ausnahmsweise nicht ein, wenn der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, daß er nicht zur Erbschaft gehört; diese Ausnahme wird insbesondere zutreffen, wenn der Erblasser von der Nichtzugehörigkeit des legierten Gegenstandes zur Erbschaft Kenntnis besaß. In einem solchen Falle (Verschaffungsvermächtnis) der Wirksamkeit des Vermächtnisses hat der Beschwerte den Gegenstand, mag er ihm selbst oder einem Dritten gehören, dem Bedachten zu verschaffen ev. den Wert zu entrichten (§ 2170).

1. Hat der Erblasser nur den Besitz der vermachten Sache, so gilt im Zweifel der Besitz als vermacht, z. B. wenn dem Bedachten selbst das Eigentum, dem Erblasser aber das Recht des Besitzes zusteht. Die Auslegungsregel greift nicht Platz, und die Unwirksamkeit des Vermächtnisses tritt ein, wenn dieser Besitz dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil gewährt.

2. Eine fernere Auslegungsregel gegen die Unwirksamkeit des Vermächtnisses eines nicht dem Erblasser gehörigen Gegenstandes ist alsdann gegeben, wenn dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung dieses Gegenstandes oder auf Ersatz seines Wertes zusteht; vgl. auch § 2172 Abs. 2. Dieser Anspruch gilt im Zweifel als vermacht, der Wertsanspruch nur, wenn der Gegenstand nach der Vermächtnisanordnung untergegangen oder dem Erblasser entzogen worden ist (§ 2169).

c) Ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalles unmögliche Leistung gerichtet ist, z. B. nach § 2172 Abs. 1, oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstößt, ist unwirksam (vgl. oben S. 118 u. 124); die Vorschriften des § 308 (Hebung der Unmöglichkeit), nicht aber des § 307 (Schadenersatz), finden entsprechende Anwendung (§ 2171).

1. Ob und inwieweit durch Verbindung, Vermischung oder Vermengung Unmöglichkeit der Leistung eintritt, erhellt aus § 2172.

2. Hat der Erblasser eine ihm zustehende Forderung vermacht, so liegt an sich Unmöglichkeit vor, wenn vor dem Erbfalle die Leistung erfolgt ist; befindet sich jedoch in solchem Falle der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dem Bedachten dieser Gegenstand zugewendet sein soll. War die ausstehende Forderung auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so gilt im Zweifel die entsprechende Geldsumme als vermacht, aber nicht bloß, wenn der Erblasser sie bis an seinen Tod besonders aufbewahrt, sondern auch, wenn sie sich überhaupt nicht in der Erbschaft vorfindet (§ 2173).

IV. Anwachsung.

a) Voraussetzung ist, daß mehreren derselbe Gegenstand nach Bruchteilen oder gemeinschaftlich vermacht ist und einer von ihnen vor oder nach dem Erbfalle, z. B. infolge Unwirksamkeit der Zuwendung an ihn oder Ausschlagung, wegfällt. Alsdann wächst der Anteil des wegfallenden Legatars, und zwar, wie nach Präj. 1235, aber abweichend von dem gem. Rechte, auch bei Bestimmung der Anteile der Bedachten durch den Erblasser, den übrigen Bedachten an. Sind einige der Bedachten zu demselben Anteile berufen, z. B. A und B auf die eine Hälfte einer Forderung, so tritt die Anwachsung wie nach § 2094 (Erbeinsetzung) zunächst unter ihnen ein.

b) Der Erblasser kann, wie bei der Erbeinsetzung (§ 2094), auch hier die Anwachsung ausschließen (§ 2158).

c) Der durch Anwachsung einem Vermächtnisnehmer anfallende Anteil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser oder der wegfallende Vermächtnisnehmer beschwert ist, entsprechend dem § 2095 (Erbeinsetzung) als besonderes Vermächtnis (§ 2159).

d) Das Recht des Substituten (§ 2190) geht dem Anwachsungsrechte vor (§ 2099).

V. Anfall und Erwerb.

a) Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten nur ein obligatorischer Anspruch (Vermächtnisanspruch) begründet; ein unmittelbarer Übergang des vermachten Gegenstandes auf den Legatar findet nicht statt, das Vindikationslegat ist schlechthin abgelehnt (§ 2174).

Gleichwohl gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen, wenn der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder ein Recht vermacht hat, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist (§ 2175).

1. Der Vermächtnisanspruch kommt mit dem Erbfalle (§ 1922) zur Entstehung (Anfall des Vermächtnisses); doch steht dem Vermächtnisnehmer das Recht zu, das Vermächtnis auszuschlagen; der Anfall des Vermächtnisses begründet somit wie der Anfall der Erbschaft (1942) nur einen vorläufigen Erwerb, der durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann (§ 2176).

2. Ausnahmsweise erfolgt der Anfall des Vermächtnisses erst in einem späteren Momente, nämlich

α) wenn das Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist und die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintritt, mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins (§ 2177),

β) wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist bzw. seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfalle eintretendes Ereignis bestimmt wird, mit der Geburt bzw. mit dem Eintritt des Ereignisses (§ 2178).

$\alpha\alpha$) In diesen Ausnahmefällen finden für die Zeit zwischen dem Erbfalle und dem Anfall des Vermächtnisses die Vorschriften Anwendung, die alsdann gelten, wenn eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird (§ 2179).

$\beta\beta$) Die Wirksamkeit eines derartigen Vermächtnisses (α, β) ist regelmäßig zeitlich (30 Jahre) begrenzt (§§ 2162, 2163).

3. Der Vermächtnisnehmer kann das Vermächtnis nicht mehr ausschlagen, wenn er es angenommen hat.

α) Die Annahme sowie die Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten (§§ 130 ff.). Die Erklärung kann erst nach dem Eintritte des Erbfalls abgegeben werden; sie ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird. Sie unterliegt der Anfechtung nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 116 ff.).

β) Die für die Annahme und die Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften der §§ 1950, 1952 Abs. 1, 3, 1953

Abs. 1, 2 finden entsprechende Anwendung (§ 2180). Hiernach kann die Annahme und die Ausschlagung außer seitens eines mehrerer Erben des Legatars nicht auf den Teil eines Vermächtnisses beschränkt, dagegen von mehreren Vermächtnissen derselben Verfügung, die ohne erkennbaren Zusammenhang angeordnet sind, das eine angenommen, das andere ausgeschlagen werden. Der Erbe kann auch trotz Ausschlagung der Erbschaft das Vorausvermächtnis annehmen und umgekehrt. Wird das Vermächtnis ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt.

b) Die Besonderheiten, welche für den Vermächtnisanspruch in Ansehung der Zeit der Erfüllung, der Rechts- und Mängelgewähr, des Umfangs der Verpflichtung und des Ersatzes für Verwendungen gelten, ergeben sich aus den §§ 2181 bis 2185.

VI. Beschwerung des Vermächtnisnehmers.

Das Rechtsverhältnis eines Vermächtnisnehmers (Legatars), der seinerseits mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, hat in den §§ 2186 bis 2189 seine Regelung gefunden.

a) Der beschwerte Vermächtnisnehmer ist zur Erfüllung erst dann verpflichtet, wenn er seinerseits die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist.

b) Das Kürzungsrecht des beschwerten Legatars gewährt ihm eine doppelte Befugnis.

1. Der Vermächtnisnehmer kann die Erfüllung auch nach der Annahme des ihm zugewandten Vermächtnisses insoweit verweigern, als dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht. Tritt ein anderer nach § 2161 infolge Wegfalls des beschwerten Legatars an seine Stelle, so haftet er nicht weiter, als dieser haften würde. Die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften des § 1992 bei Überschuldung des Nachlasses durch Vermächtnisse und Auflagen finden entsprechende Anwendung. Der beschwerte Vermächtnisnehmer ist hiernach berechtigt, das Empfangene oder den Wert an denjenigen, zu dessen Gunsten er beschwert ist, herauszugeben; seine Verantwortlichkeit und sein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen bestimmt sich alsdann nach den §§ 1978, 1979 (§ 2187). Vgl. noch § 786 C.P.O.

2. Erleidet der beschwerte Legatar eine Kürzung der ihm gebührenden Leistung auf Grund der Beschränkung der Haftung des

Erben, wegen eines Pflichtteilsanspruchs oder in Gemäßheit des § 2187 (vgl. unter 1), so kann er auch seinerseits — sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist — die ihm auferlegten Beschwerungen kürzen. Er soll also den Nachteil der erlittenen Kürzung nicht allein tragen, selbst wenn der ihm verbliebene Teil des Legats zur Befriedigung der Untervermächtnisnehmer und Auflageberechtigten ausreicht; diese müssen sich also ebenfalls einen entsprechenden Abzug gefallen lassen.

c) Der Erblasser kann für den Fall, daß die dem Erben oder einem Vermächtnisnehmer auferlegten Vermächtnisse und Auflagen auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben, wegen eines Pflichtteilsanspruchs oder in Gemäßheit der §§ 2187, 2188 (vgl. unter b 1 und 2), gekürzt werden, durch Verfügung von Todes wegen anordnen, daß ein Vermächtnis oder eine Auflage den Vorrang vor den übrigen Beschwerungen haben soll[1]).

VII. Ersatzvermächtnis.

Der Erblasser kann für den Fall, daß der zunächst Bedachte das Vermächtnis nicht erwirbt, den Gegenstand des Vermächtnisses einem andern (Substituten) zuwenden; die für die Einsetzung eines Ersatzerben geltenden Vorschriften der §§ 2097 bis 2099 (substitutio vulgaris) finden alsdann entsprechende Anwendung (§ 2190).

VIII. Nachvermächtnis (sukzessives Vermächtnis).

a) Der Erblasser kann den vermachten Gegenstand von einem nach dem Anfalle des Vermächtnisses eintretenden bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis an einem Dritten zuwenden. Alsdann gilt der erste Vermächtnisnehmer, nicht der Erbe, als beschwert, der Dritte als fideikommissarisch substituiert.

b) Das Nachvermächtnis erzeugt prinzipiell nur obligatorische Wirkungen (§ 2174), so daß die Verweisung auf die Nacherbschaft nicht angezeigt ist; nur einzelne der für dieselbe geltenden Vorschriften, nämlich die der §§ 2102, 2106 Abs. 1, 2107, 2110 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung (§ 2191). Verwaltungshandlungen des Nachvermächtnisnehmers in bezug auf das Nachvermächtnis können also regelmäßig erst mit dessen Anfall eintreten (R.G. R. d. O.L. 7 S. 127, R. 03 S. 458).

---

[1]) Vgl. §§ 1991 Abs. 4, 1992; § 226 Abs. 3 K.O.

§ 115.
Auflage (§§ 2192 bis 2196)[1].

I. Begriff.

Durch das Vermächtnis wendet der Erblasser einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zu (§ 1939); dem Bedachten wird ein materielles Gläubigerrecht gewährt. Die Auflage dagegen hat nur die Verpflichtung des Beschwerten (Erben oder Vermächtnisnehmers) zu einer Leistung zur Folge, ohne einem andern ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (§ 1940). Die rechtliche Erzwingbarkeit der aus der Auflage sich ergebenden (obligatorischen) Verpflichtung des Beschwerten ist nicht ausgeschlossen (§ 2194); allein die Befugnis, die Vollziehung der Auflage zu fordern, ist nur eine formale, enthält kein das Vermögen des Berechtigten vermehrendes Forderungsrecht.

II. Wirkung.

a) Die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften der §§ 2065 (Bestimmtheit), 2147, 2148 (Beschwerte), 2154 bis 2156 (Gegenstand), 2161 (Wegfall des Beschwerten), 2171 (unmögliche, verbotswidrige Leistung) und 2181 (Fälligkeit) finden entsprechende Anwendung (§ 2192).

b) Der Erblasser kann jedoch entgegen § 2156 bei der Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen (§ 2193).

c) Die Befugnis, die Vollziehung einer Auflage zu fordern, steht dem Erben, dem Miterben und demjenigen zu, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen, der bei dem Wegfalle dieses Beschwerten Vorteile erhalten würde, die ihm durch die Zuwendung an ihn entgangen sind. Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen (§ 2194).

d) Die Unwirksamkeit einer Auflage hat die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung regelmäßig nicht zur Folge; sie erzeugt jedoch diese Unwirksamkeit, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben

---

[1]) Vgl. noch § 255 Abs. 2 C.P.O.

würde, wenn also letztere ausnahmsweise nicht als eine selbständige, von der Zuwendung unabhängige Verfügung erscheint (§ 2195).

e) Bei verschuldeter Unmöglichkeit oder schuldhafter Nichterfüllung einer Auflage kann derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, die Herausgabe der Zuwendung nach den §§ 812 ff. insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen (§ 2196).

§ 116.

Testamentsvollstrecker (§§ 2197 bis 2228, § 2368)[1].

I. Begriff; Aufgaben.

Testamentsvollstrecker ist diejenige Person, welche der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen zu dem Zwecke beruft, um anstatt des Erben gewisse Aufgaben in Ansehung des Nachlasses zu erfüllen. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers begründet eine teilweise Beschränkung der Verfügungsmacht des Erben (§§ 2211, 2212). Soweit diese Beschränkung reicht, vertritt der Vollstrecker den Erben kraft des diesen bindenden (R.G. 25 S. 297) Willens des Erblassers[2]. Die Befugnis zur authentischen Interpretation der letztwilligen Verfügung kann ihm vom Erblasser verliehen werden (R.G. 14 S. 194).

a) Die dem Vollstrecker gesetzlich zugewiesenen Aufgaben, die er kraft seines Amts aus eigenem Recht, aber im fremden Interesse ausübt, sind folgende:

1. Er hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (vgl. § 83), soweit sie zu Recht bestehen (§ 2203; R.G. 42 S. 221 ff.); er muß deshalb auch für Prozesse über die Gültigkeit des Testaments legitimiert erscheinen (R.G. 9 S. 209 ff., anders R.G. 32 S. 152), jedoch ohne Präjudiz gegen die Erben. Zu dem Antrag auf Erteilung des Erbscheins ist er befugt (K.G. Joh. 22 S. 56).

2. Er hat beim Vorhandensein mehrerer Erben die Auseinandersetzung unter ihnen nach Maßgabe der §§ 2042 bis 2056

---

[1]) Vgl. §§ 243, 327, 728, 748 ff., 779, 863, 991 Abs. 2 C.P.O.; § 217 K.O.; §§ 81, 82 R.G. F.G.

[2]) Insoweit wird auch § 181 auf den Testamentsvollstrecker anwendbar sein (K.G. Joh. 23 S. 248). Im übrigen ist letzterer nicht Vertreter des Erben (K.G. R. d. O.L. 6 S. 306, R. 03 S. 265).

zu bewirken[1]) und vor der Ausführung die Erben über den Auseinandersetzungsplan zu hören (§ 2204). Vereinbarungen der Erben über ihre Kollationspflicht sind für den Vollstrecker bindend.

3. Er hat den Nachlaß zu verwalten (§ 2205).

b) Die Erfüllung dieser gesetzlichen Aufgaben (a) liegt dem Vollstrecker nicht ob, soweit anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen. Hat hiernach der Testamentsvollstrecker ausnahmsweise Verfügungen des Erblassers nicht selbst zur Ausführung zu bringen, so kann er doch wenigstens die Ausführung von dem Erben verlangen, sofern nicht auch in dieser Hinsicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2208).

c) Der Erblasser kann dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen; er kann aber auch anordnen, daß der Vollstrecker die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat (§ 2209).

Eine solche das Recht des Erben beengende Anordnung wird jedoch unwirksam, wenn seit dem Erbfalle 30 Jahre verstrichen sind. Der Erblasser kann aber bestimmen, daß ohne Rücksicht auf den Ablauf dieser Frist die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person des einen oder anderen fortdauern soll; ist eine juristische Person als Erbe oder Vollstrecker berufen, so bewendet es bei der 30jährigen Frist (§ 2210).

d) Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers kann fernerhin auch erfolgen[2])

entweder zu dem Zwecke, daß er bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt (§ 2222),

oder zu dem Zwecke, daß er für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt (§ 2223).

II. Verfügungsmacht.

a) Kraft seines Verwaltungsrechtes ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, den Nachlaß bzw. die seiner Verwaltung unterliegenden einzelnen

---

[1]) Er kann als Miterbe die Auseinandersetzung nur auf Grund besonderer Ermächtigung des Erblassers vornehmen (K.G. Joh. 24 S. 106, 25 S. 72).

[2]) Vgl. noch § 2338 (Überschuldung, Verschwendung eines Abkömmlings).

Nachlaßgegenstände (§ 2208) in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände mit dinglicher Wirkung zu verfügen[1]), sie z. B. zu veräußern oder zu verpfänden. Diese Berechtigung besteht in Ansehung unentgeltlicher Verfügungen nur, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen (§ 2205), z. B. geleistete Dienste belohnen sollen (remuneratorische Schenkungen).

1. Zur Eingehung neuer Verbindlichkeiten für den Nachlaß ist der Vollstrecker nur befugt, soweit

entweder die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist,

oder die Verbindlichkeit auf die ihm zustehende Verfügung, z. B. die entgeltliche Veräußerung, über einen Nachlaßgegenstand sich richtet.

Diese Beschränkungen wirken auch gegen Dritte, so daß die Gefahr besteht, daß diese den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Vollstrecker zu vermeiden suchen werden. Mit Rücksicht hierauf wird dem Erben die Verpflichtung auferlegt, zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten seine Einwilligung zu erteilen; dem Erben verbleibt jedoch die Befugnis, die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen (§ 2206), da die ihm aufgedrängte Verpflichtung ihn nicht noch mit seinem Vermögen persönlich obligieren kann.

2. Der Erblasser kann anordnen, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt (a) sein soll. Die Beseitigung der Beschränkung ist im Zweifel schon anzunehmen, wenn der Erblasser einem Vollstrecker ohne Zuweisung anderer Aufgaben bloß die Verwaltung des Nachlasses übertragen oder ihn mit der Fortführung der Verwaltung nach Erledigung seiner sonstigen Aufgaben betraut hat (§ 2209); vgl. oben I c.

Aber auch der unbeschränkte Testamentsvollstrecker ist zu einem Schenkungsversprechen nur berechtigt, soweit es sich hierbei um eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht handelt (§ 2207).

3. Die Befugnis des Vollstreckers zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß (a) kann nach dem Willen des Erblassers auch aufgehoben und eingeschränkt werden (§ 2208).

b) Dem Erben steht die Verfügungsmacht über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand nicht zu; doch finden die Vorschriften zugunsten gutgläubiger

[1]) Geschieht die Verfügung zu eigenen Gunsten des Vollstreckers, so ist sie nur wirksam, wenn sie dem Willen des Erblassers entspricht (R.G. Joh. 23 S. 248, 24 S. 109, 25 S. 72, R. 03 S. 182).

Dritter entsprechende Anwendung (§ 2211). Auch können sich Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, an einen solchen seiner Verwaltung entzogenen Gegenstand nicht halten (§ 2215).

III. Prozeßführung.

In Ansehung der Prozeßführung ist zu unterscheiden:

a) Ist ein zur Führung des durch den Tod einer Partei unterbrochenen Rechtsstreits berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden, so kommen in betreff der Aufnahme des Verfahrens die §§ 241 bzw. 240 C.P.O. zur Anwendung (§§ 243, 246 das.).

b) Die gerichtliche Geltendmachung eines der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Rechts (Aktivprozeß) steht ausschließlich dem Vollstrecker, nicht dem Erben zu (§ 2212); das Urteil wirkt für und gegen den Erben (§ 327 Abs. 1 C.P.O.).

c) Die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet (Passivprozeß), kann grundsätzlich sowohl gegen den Erben als gegen den Testamentsvollstrecker (vgl. § 780 Abs. 2 C.P.O.) erfolgen. Den Erbschaftsgläubigern, einschließlich der Vermächtnisnehmer (R.G. R. 01 S. 436), steht hiernach die Wahl frei, ihre Forderungen insbesondere gegen denjenigen einzuklagen, der die Mittel zu ihrer Befriedigung in Händen hat; geht ein Nachlaßgläubiger gegen den Erben vor, so kann er seinen Anspruch auch gegen den Testamentsvollstrecker dahin verfolgen, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde. Vgl. noch §§ 748 ff. C.P.O.; § 41 Gr.O.

Von dem erwähnten Grundsatz gibt es zwei Ausnahmen:

1. Steht dem Testamentsvollstrecker nicht die Verwaltung des Nachlasses zu, so ist die Geltendmachung eines gegen den Nachlaß sich richtenden Anspruchs nur gegen den Erben zulässig.

2. Ein Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Nachlaßverwaltung zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden. Doch steht es dem Berechtigten frei, seinen Anspruch daneben auch gegen den Vollstrecker dahin geltend zu machen, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde (§ 2213). Vgl. § 748 Abs. 3 C.P.O.

d) Das Urteil in einem zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten geführten Passivprozesse (c) wirkt für und gegen den Erben, wenn der Vollstrecker zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist (§ 327 Abs. 2 C.P.O.); in einem solchen Falle ist die Erteilung

einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Erben zulässig, auch wenn die Verwaltung des Testamentsvollstreckers noch besteht (§ 728 Abs. 2 das.).

IV. Bestellung; Wegfall.

Die Ernennung des Testamentsvollstreckers erfolgt durch Testament [1]); vgl. auch § 2299 (Erbvertrag). Der Erblasser kann einen oder mehrere Vollstrecker ernennen, auch dem ernannten Vollstrecker einen anderen substituieren; er kann die Bestimmung der Person einem Dritten überlassen, auch den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker und einen Nachfolger zu ernennen.

Das Nachlaßgericht kann die Ernennung nur vornehmen, wenn es von dem Erblasser in dem Testamente, sei es auch nur stillschweigend (R.G. Joh. 20 S. 26), darum ersucht ist (§ 2197 bis 2200); es hat jedem Testamentsvollstrecker auf Antrag ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen (§ 2368 [2]).

Eine unwirksame Ernennung liegt vor, wenn der Testamentsvollstrecker zu der Zeit, zu welcher er das Amt anzutreten hat, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder nach § 1910 das., also wegen Gebrechlichkeit, zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat (§ 2201).

a) Das Amt beginnt mit der Annahme des Ernannten [3]); diese Annahme erfolgt ebenso wie die Ablehnung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird (§ 2202). Eine Ehefrau bedarf nicht des Konsenses des Mannes.

b) Der Testamentsvollstrecker kann für die Führung seines Amts mangels anderweiter Bestimmung des Erblassers eine angemessene Vergütung verlangen (§ 2221).

c) Mehrere Vollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich; bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Nachlaßgericht; beim Wegfall des einen führen die übrigen das Amt allein. Der Erblasser kann in allen diesen Beziehungen abweichende Anordnungen [4]) treffen. Die zur

---

[1]) Ist die letztwillige Verfügung vor dem 1. 1. 00 errichtet, der Erblasser aber nach dem 1. 1. 00 verstorben, so beurteilen sich die Wirkungen des durch die Ernennung des Testamentsvollstreckers begründeten Rechtsverhältnisses, insbesondere der Wegfall des Testamentsvollstreckers nach neuem Rechte (R.G. J.W. 01 S. 322).

[2]) Vgl. §§ 36, 53 Gr.O.

[3]) Vorher kann er über Nachlaßgegenstände nicht rechtswirksam verfügen (R.G. Joh. 25 S. 279).

[4]) Diese Abweichungen sind in dem Zeugnis anzugeben (R.G. Joh. 22 S. 269).

Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes notwendigen Maßregeln, z. B. die Feststellung einer Nachlaßforderung (R.G. J.W. Beil. 02 S. 2441, R. 02 S. 396, D. J.Z. 02 S. 359), kann jeder Testamentsvollstrecker für sich allein vornehmen (§ 2224).

d) Die Beendigung des Amtes kann eintreten

1. durch Erlöschen; die Erlöschungsgründe, welche ipso iure wirken, sind:

α) der Tod des Vollstreckers, dessen Amt mithin unvererblich ist,

β) der Eintritt eines Falles, in welchem die Ernennung nach § 2201 unwirksam sein würde (§ 2201),

2. durch Kündigung seitens des Vollstreckers; solche erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht, sie ist jederzeit zulässig; § 671 Abs. 2, 3 findet entsprechende Anwendung (§ 2226),

3. durch Entlassung[1]) des Vollstreckers; das Nachlaßgericht kann ihn beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, insbesondere grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung auf Antrag eines Beteiligten seines Amtes entheben (§ 2227); unter Umständen wird auch Zahlungsunfähigkeit des Vollstreckers Entlassungsgrund sein.

V. **Rechtsstellung zu dem Erben.**

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben bestimmt sich nach den für den Auftrag geltenden analog anwendbaren Vorschriften der §§ 664, 666 bis 668, 670, 673 Satz 2 und 674 und den §§ 2215 bis 2220. Von den inhalts der §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 cit. dem Vollstrecker obliegenden Verpflichtungen kann ihn auch der Erblasser nicht befreien (§ 2220).

a) Der Testamentsvollstrecker hat dem Erben unverzüglich (§ 121) nach der Annahme des Amts ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten mitzuteilen und ihm die zur Aufnahme des Inventars sonst erforderliche Beihilfe zu leisten (§ 2215).

b) Der Vollstrecker ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet. Er hat hierbei die von dem Erblasser für die Verwaltung durch letztwillige Verfügung getroffenen Anordnungen

---

[1]) Sie bestimmt sich nach früherem Rechte, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben ist und der Vollstrecker von ihm berufen war (K.G. Joh. 25 S. 75, R. 03 S. 182).

zu befolgen; doch können dieselben auf seinen oder eines anderen Beteiligten Antrag von dem Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt werden, wenn ihre Befolgung den Nachlaß erheblich gefährden würde (§ 2216).

c) Der Testamentsvollstrecker hat schon vor Beendigung seines Amts Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Er kann mithin grundsätzlich die Auslieferung verweigern, soweit noch Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen sind. Solche Weigerung ist jedoch nicht gerechtfertigt wegen Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht auf einem Vermächtnis oder einer Auflage beruhen, sowie wegen bedingter und betagter Vermächtnisse oder Auflagen, wenn der Erbe die erforderliche Sicherheit leistet (§ 2217).

Mit der Überlassung erlischt das Recht des Vollstreckers zur Verwaltung der ausgelieferten Gegenstände.

d) Bei einer länger dauernden Verwaltung kann der Erbe über die Verpflichtung des Vollstreckers aus § 666 hinaus jährlich Rechnungslegung verlangen (§ 2218 Abs. 2).

e) Verletzt der Testamentsvollstrecker die ihm obliegenden Verpflichtungen in schuldhafter Weise, also vorsätzlich oder fahrlässig (§ 276), so ist er für den daraus entstehenden Schaden schlechthin dem Erben, soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist, aber auch dem Vermächtnisnehmer, verantwortlich. Mehrere Vollstrecker, denen ein Verschulden zur Last fällt, haften als Gesamtschuldner, auch wenn der eine oder andere nur fahrlässig, der eine oder andere aber vorsätzlich gehandelt hat (§ 2219).

§ 117.

Gemeinschaftliches Testament (§§ 2265 bis 2273).

I. Zulässigkeit.

Die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments, das im gem. Recht allgemein zugelassen wird, ist nur Ehegatten gestattet. In der gemeinschaftlichen Urkunde können sich die Ehegatten gegenseitig bedenken und die gegenseitigen Zuwendungen von einander abhängig machen (testam. reciprocum et correspectivum); sie können daneben auch korrespektive und nicht korrespektive Verfügungen zugunsten Dritter treffen, sie können von gegenseitigen Zuwendungen aber auch gänzlich absehen (Ob.Trib. 82 S. 209; R.G. 43 S. 344) und lediglich anderweite Bestimmungen für den Todesfall treffen (§ 2265).

II. Form.

Die ordentlichen und außerordentlichen Testamentsformen gelten auch für das gemeinschaftliche Testament.

a) Zur Wahrung der holographischen Form desselben genügt es, wenn der von dem einen Ehegatten unter Angabe des Orts und Tages eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Urkunde der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle und diese Erklärung unter Angabe des Orts und Tages eigenhändig schreibt und unterschreibt (§ 2267). Dem Erfordernis der Unterzeichnung der Beitrittserklärung wird nicht dadurch genügt, daß der Ehegatte seinen Namen in den Text der eigenhändig geschriebenen Beitrittserklärung aufnimmt (K.G. Joh. 24 S. 180).

b) Die erleichterte Form des § 2249 genügt auch dann, wenn die Voraussetzung hierfür (Todesgefahr) auch nur auf seiten eines der Ehegatten vorliegt (§ 2266). Dagegen wird die Aufnahme des Protokolls in fremder Sprache nach § 2245 nur zulässig sein, wenn beide Testatoren ihrer Erklärung nach der deutschen Sprache nicht mächtig, der fremden aber, ebenso wie die übrigen mitwirkenden Personen, mächtig sind.

III. Wirkung.

Die Wirkung des gemeinschaftlichen Testaments hängt von seinem Inhalte ab.

a) In der Regel setzen sich die Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testamente gegenseitig als Erben ein und bestimmen zugleich, daß nach dem Tode der Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll; bis dahin soll also das beiderseitige Vermögen als eine Einheit zusammen bleiben. Im Zweifel ist hier anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten beiderseitigen Nachlaß als direkter Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist (R.G. 27 S. 120); der überlebende Ehegatte kann mithin über sein eigenes und das ererbte Vermögen bis zu seinem Tode inter vivos frei verfügen; der Dritte wird im Moment des Todes des Überlebenden am Leben oder erzeugt sein müssen (§ 1923). Haben die Ehegatten in einem solchen Testamente ein Vermächtnis angeordnet, das nach dem Tode des Überlebenden erfüllt werden soll, so ist ebenfalls im Zweifel anzunehmen, daß das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Überlebenden

anfallen, erst in diesem Moment seine Forderung zur Entstehung kommen (§ 2171) soll (§ 2269)[1]); das Vermächtnis ist alsdann unwirksam, wenn der Bedachte zu dieser Zeit nicht mehr lebt (§ 2160).

b) Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente aufeinander bezügliche, korrespektive Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen angeordnet, so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge. Ein solches korrespektives Verhältnis der Verfügungen zueinander ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten (A) von dem anderen (B) eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten (B) verwandt ist oder ihm sonst, z. B. als Freund, nahe steht (§ 2270)[2]).

1. Bei Lebzeiten der Ehegatten erfolgt der Widerruf einer solchen bedingten (korrespektiven) Verfügung des einen Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296 durch eine gerichtliche oder notarielle empfangsbedürftige Willenserklärung, so daß der andere Ehegatte, der Widerrufsempfänger, die Möglichkeit erlangt, eine neue, den veränderten Verhältnissen entsprechende Verfügung zu treffen; die einseitige Aufhebung durch eine neue Verfügung von Todes wegen ist ausgeschlossen[3]) (§ 2271). Dagegen können die Ehegatten durch ein gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag den Widerruf bewirken.

2. Nach dem Tode des einen Ehegatten kann der Überlebende seine von einer Verfügung des Verstorbenen abhängige (korrespektive) Verfügung nur noch aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. In der Annahme des Zugewendeten ist ein Verzicht auf den Widerruf zu finden. Ausnahmsweise wird jedoch dem Überlebenden auch noch nach der Annahme der Zuwendung die Befugnis zur Aufhebung seiner Verfügung nach Maßgabe der

[1]) Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn Ehegatten in einem Erbvertrage, durch den sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt haben, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, oder ein Vermächtnis angeordnet haben, das nach dem Tode des Überlebenden zu erfüllen ist (§ 2280).

[2]) Vgl. § 2298 (Erbvertrag).

[3]) Doch bestimmt sich der Widerruf eines vor dem 1. 1. 00 errichteten wechselseitigen Testaments auch jetzt noch nach den früheren Gesetzen (K.G. Joh. 22 S. 25).

§§ 2294 und 2336 für den Fall gewährt, daß sich der bedachte Dritte einer eventuell zur Entziehung des Pflichtteils berechtigenden Verfehlung schuldig macht. Ist der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten, so wird dem Überlebenden auch gestattet, unter entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 2 durch eine spätere letztwillige Verfügung die nach § 2338 zulässigen, seine Fürsorge aus guter Absicht beweisenden Anordnungen zu treffen (§ 2271).

IV. Aufhebung.

Ein gemeinschaftliches Testament, mag es korrespektive Verfügungen enthalten oder nicht, kann nach § 2256 nur von beiden Ehegatten, nach dem Tode eines von ihnen also nicht mehr, zurückgenommen werden (§ 2272). Dagegen kann jeder Ehegatte seine eigenen Verfügungen, soweit sie nicht zu Verfügungen des anderen Ehegatten in dem in § 2270 bezeichneten Abhängigkeitsverhältnisse stehen, einseitig (§§ 2254, 2255) widerrufen.

In den Fällen des § 2077 (Auflösung der Ehe) ist das gemeinschaftliche Testament seinem ganzen Inhalte nach, also mit seinen korrespektiven und nicht korrespektiven Verfügungen, regelmäßig unwirksam.

V. Eröffnung.

Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments, die nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten erfolgt, sind die Verfügungen des Überlebenden, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen[1]) (§ 2273). Die gemeinschaftlichen Verfügungen beider Ehegatten sind unzweifelhaft zu verkünden (K.G. Joh. 22 S. 268). Dagegen können Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten, die nur für den Fall seines Überlebens getroffen sind, unverkündet bleiben (K.G. Joh. 24 S. 183).

[1]) Das Testament ist nach Anfertigung einer beglaubigten Abschrift der Verfügungen des verstorbenen Ehegatten wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung nicht des Nachlaßgerichts, sondern desjenigen Amtsgerichts, bei welchem bisher die Verwahrung stattfand, zurückzubringen (K.G. Joh. 20 S. 262, 25 S. 222).

Vierter Abschnitt: Beschränkung der Testierfreiheit.

§ 118.

Erbvertrag (§§ 2274 bis 2302).

I. Begriff.

Der Erbvertrag ist das zweiseitige Rechtsgeschäft, durch welches der Erblasser eine ihn bindende Verfügung von Todes wegen trifft, indem er dem andern Teile gegenüber auf seine Testierfreiheit in vollem Umfange oder nach bestimmter Richtung verzichtet. Die vertragsmäßige obligatorische Verpflichtung, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, entbehrt der Rechtswirksamkeit (§ 2302). Nichtig ist auch ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312 Abs. 1, dagegen Abs. 2).

a) In dem Erbvertrag kann jeder der Vertragschließenden vertragsmäßige, d. h. ihn bindende, nicht beliebig widerrufliche (§§ 2293 bis 2295) Verfügungen von Todes wegen und einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann (§§ 2278, 2299). Auch auf die vertragsmäßigen Zuwendungen und Auflagen finden die für letztwillige Zuwendungen und Auflagen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 2279).

b) Gegenstand des Erbvertrags kann sowohl die Einsetzung eines Erben als auch die Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen sein; als Erbe oder Vermächtnisnehmer kann nicht bloß der andere Vertragsteil, sondern auch ein Dritter bedacht werden (§ 1941). Andere Verfügungen, z. B. die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, die Benennung des Vormunds usw., können nur einseitig, nicht vertragsmäßig, also nicht mit bindender Wirkung für den Verfügenden getroffen werden (§ 2278); soweit sie zulässig sind (a), sind sie rechtlich in wesentlich gleicher Weise zu beurteilen, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wären (§ 2299), insbesondere also auch in Ansehung der Art der Aufhebung.

1. Solche einseitige Verfügung kann jedoch auch in einem Vertrag aufgehoben werden, durch den eine vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird (§ 2290).

2. Wird der Erbvertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag aufgehoben, so tritt auch die einseitige Verfügung außer Kraft, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2299 cit.).

c) Der Erblasser kann die vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen auch gegen eine Gegenleistung des anderen Teils treffen; diese kann z. B. in der Gewährung einer Leibrente, aber auch in einer vertragsmäßigen Verfügung von Todes wegen bestehen, z. B. wenn sich die Kontrahenten gegenseitig als Erben einsetzen. Sind in dem Erbvertrage von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so hat die Nichtigkeit einer dieser Verfügungen die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge, es müßte denn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen sein (§ 2298 Abs. 1 u. 3)[1].

II. Abschluß.

a) Ein Erbvertrag kann nicht bloß zwischen Verlobten oder Ehegatten, sondern in Übereinstimmung mit dem gem. Recht auch von anderen Personen abgeschlossen werden.

1. Der Erblasser kann den Erbvertrag, wie nach § 2064 das Testament, nur persönlich errichten (§ 2274). Dagegen kommen die Vorschriften über die aktive Testamentsfähigkeit (§§ 2229 ff.) nicht zur Anwendung. Vielmehr kann einen Erbvertrag als Erblasser in der Regel nur schließen, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist; der von einer beschränkt geschäftsfähigen Person als Erblasser geschlossene Vertrag ist nichtig. Ausnahmsweise genügt es bei dem Abschluß eines Erbvertrags zwischen Verlobten und Ehegatten, wenn der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist; er bedarf jedoch in diesem Falle der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, wenn dieser ein Vormund, also nicht der Inhaber der elterlichen Gewalt, ist, auch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 2275).

2. Der Erbvertrag kann nur vor einem Richter oder Notar geschlossen werden, die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile ist erforderlich. Die Vorschriften der §§ 2233 bis 2245 über die Testamentserrichtung finden Anwendung mit der Maßgabe, daß sie, soweit sie sich auf den Verfügenden beziehen, für jeden der beiden Kontrahenten gelten. Hiernach kann der Abschluß in der Weise erfolgen,

[1] Vgl. §§ 139, 2085, 2270.

daß der Erblasser dem Richter oder Notar in Gegenwart des anderen Vertragsteils mit dessen Zustimmung seinen letzten Willen mündlich erklärt, oder eine Schrift offen oder verschlossen mit der mündlichen Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen vertragsmäßigen letzten Wille enthalte; wer minderjährig ist, oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann nur die Form der mündlichen Erklärung wählen. Für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird, genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form.

b) Die Parteien können verlangen, daß mit der über einen Erbvertrag aufgenommenen Urkunde nicht nach Maßgabe des § 2246 verfahren, z. B. daß sie nicht in besondere amtliche Verwahrung gebracht wird. Ein solches Verlangen gilt im Zweifel als gestellt, wenn der Erbvertrag mit einem anderen Vertrage, z. B. einem Ehevertrage, in derselben Urkunde verbunden wird. Mangels gegenteiligen Verlangens der Parteien finden die in den angezogenen Paragraphen erwähnten Sicherheitsmaßregeln statt (§ 2277)[1].

III. Anfechtung.

a) Die Anfechtungsbefugnis steht auf Grund der §§ 2078 und 2079 nicht bloß den in dem § 2080 bezeichneten Personen, sondern auch dem Erblasser zu; dieser kann die Anfechtung auf Grund des § 2079 cit. nur vornehmen, wenn der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit ihrer Vornahme vorhanden ist (§ 2281 Abs. 1). Die Wirksamkeit der Anfechtung hängt mithin nicht davon ab, daß der Pflichtteilsberechtigte den Erbfall erlebt. Die in § 2080 cit. bezeichneten Personen sind zur Anfechtung des Erbvertrags nicht mehr befugt, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls, z. B. wegen Fristablaufs erloschen ist (§ 2285).

1. Die Anfechtung kann nicht durch einen Vertreter des Erblassers erfolgen. Für einen geschäftsunfähigen Erblasser kann aber sein gesetzlicher Vertreter mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung den Erbvertrag anfechten.

2. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zur Anfechtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 2282).

---

[1]) Die besondere amtliche Verwahrung erfolgt wie die der Testamente nach Art. 81 A. G. bei den Amtsgerichten.

b) Die Anfechtungserklärung des Erblassers bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Anfechtung ist dem Nachlaßgerichte gegenüber zu erklären, wenn eine zugunsten eines Dritten getroffene Verfügung von dem Erblasser nach dem Tode des anderen Vertragschließenden auf Grund der §§ 2078, 2079 angefochten werden soll (§§ 2281 Abs. 1, 2281 Abs. 3).

c) Die Anfechtung durch den Erblasser kann nur binnen Jahresfrist erfolgen.

1. Die Präklusivfrist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt.

2. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 (Hemmung, Vollendung) entsprechende Anwendung (§ 2283).

d) Die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrags ist zulässig; sie ist entsprechend dem § 144 an eine besondere Form nicht geknüpft, kann aber nur durch den Erblasser persönlich erfolgen; ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Bestätigung ausgeschlossen (§ 2284).

IV. **Wirkung.**

a) Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt. Doch wird der Bedachte gegen mißbräuchliche Verfügungen in folgender Weise geschützt:

1. Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann dieser nach dem Anfall der Erbschaft von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach Maßgabe der §§ 812 ff. fordern; der Anspruch verjährt in 3 Jahren von dem Erbschaftsanfalle an (§ 2287).

2. Handelt es sich um ein vertragsmäßig angeordnetes Vermächtnis, so würde der Erblasser das Recht des Bedachten an sich dadurch vereiteln können, daß er den Gegenstand

entweder zerstört, beiseite schafft bzw. beschädigt

oder veräußert bzw. belastet.

Nimmt er jedoch eine derartige tatsächliche oder rechtliche Ver-

fügung in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, vor, so erwächst dem Legatar Nachteil nicht.

α) Im ersteren Falle tritt, soweit der Erbe durch die schädigende Handlung zur Bewirkung der Leistung außerstand gesetzt ist, an die Stelle des Gegenstandes der Wert.

β) Im Falle der Veräußerung oder Belastung ist der Erbe verpflichtet, dem Bedachten den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen unter entsprechender Anwendung der Vorschriften des § 2170 Abs. 2 über die eventuelle Wertsentrichtung. Ist die Verfügung schenkweise erfolgt, so steht dem Bedachten subsidiär der im § 2287 cit. bestimmte Konditionsanspruch gegen den Beschenkten zu (§ 2288).

b) Durch den Erbvertrag wird eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde; soweit dies nicht der Fall ist, bleibt sie bestehen; vgl. noch §§ 2258, 2299. In dem gleichen Umfang ist eine spätere ein- oder zweiseitige Verfügung von Todes wegen unwirksam. Jedoch kann der Erblasser, soweit er zum einseitigen Rücktritt von dem Erbvertrage berechtigt ist (vgl. V b), nach dem Tode des Mitkontrahenten die zugunsten eines Dritten getroffene vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben. Auch steht es dem Erblasser unbeschränkt frei, wenn der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling ist, die nach § 2338 zulässigen Anordnungen aus Fürsorge in guter Absicht durch eine spätere letztwillige Verfügung zu treffen (§ 2289).

c) Der Vertragserbe kann die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen (§ 1948).

V. Aufhebung.

a) Aus der Vertragsnatur des Erbvertrags und jeder einzelnen darin enthaltenen vertragsmäßigen Verfügung ergibt sich, daß die Aufhebung nicht einseitig erfolgen kann; vielmehr ist grundsätzlich der Konsens der Vertragschließenden hierzu erforderlich.

1. Die Regel bildet die Errichtung eines Aufhebungsvertrags zwischen den Personen, die den Erbvertrag geschlossen haben, in der für letzteren nach § 2276 zulässigen Form; nach dem Tode einer dieser Personen, des Erblassers oder seines Mitkontrahenten, kann die Aufhebung nicht mehr erfolgen.

α) Der Erblasser kann den Aufhebungsvertrag nur persönlich schließen; ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

β) Steht der andere Teil, der Mitkontrahent des Erblassers, unter Vormundschaft oder unter elterlicher Gewalt, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich; steht er unter elterlicher Gewalt, so bedarf es der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht, wenn der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird (§ 2290).

2. Ausnahmsweise kann ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag auch durch ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten unter Anwendung der unter 1 *β* erwähnten Bestimmungen aufgehoben werden (§ 2292).

3. Zur Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung, wodurch ein Vermächtnis oder eine Auflage, also nicht eine Erbeinsetzung angeordnet ist, genügt schon eine einseitige testamentarische Verfügung des Erblassers, sofern der andere Vertragsteil in gerichtlicher oder notarieller Form seine Zustimmung erklärt; auch hier müssen die unter 1 *β* erwähnten Vorschriften berücksichtigt werden (§ 2291).

b) Der einseitige Rücktritt des Erblassers von dem Erbvertrage oder einer vertragsmäßigen Verfügung kann nicht willkürlich, sondern nur aus bestimmten Gründen erfolgen.

1. Zulässigkeit.

α) Der Erblasser kann von dem Erbvertrage zurücktreten, wenn er sich den Rücktritt im Vertrage vorbehalten hat (§ 2293).

Ist in einem wechselseitigen Erbvertrage, also in einem solchen, in dem von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen sind, der Rücktritt vorbehalten, so wird durch den Rücktritt eines der Kontrahenten der ganze Vertrag aufgehoben, es müßte denn ein anderer Wille derselben konstieren (§§ 2298 Abs. 2, 3).

β) Der Erblasser kann von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten,

αα) wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre (§ 2294);

ββ) wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und diese obligatorische Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird (§ 2295).

2. Ausübung.

In dem Rücktritt, der die Befreiung des Erblassers von seiner vertragsmäßigen Bindung bedeutet, liegt materiell eine Verfügung über die Erbfolge. Die Ausübung der Befugnis ist deshalb erschwert.

α) Der Rücktritt kann nicht durch einen Vertreter erfolgen. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

β) Der Rücktritt erfolgt durch gerichtliche oder notarielle Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden, nach dessen Tode mithin gegenüber seinen Erben, auch wenn die Anordnungen des Erblassers zugunsten Dritter getroffen sind. Doch kann der Erblasser, soweit er zum einseitigen Rücktritt berechtigt ist, nach dem Tode des Mitkontrahenten die einzelne vertragsmäßige Verfügung, nicht den Erbvertrag als solchen, auch noch durch Testament aufheben. Ist in einem wechselseitigen Erbvertrag, in dem von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen sind, der Rücktritt vorbehalten, so kann der Überlebende, wenn er das ihm durch Vertrag Zugewendete ausschlägt, die Aufhebung seiner Verfügung ebenfalls durch Testament vornehmen; mangels Eintritts dieser Bedingung erlischt hier das Rücktrittsrecht mit dem Tode des anderen Vertragsteils, sofern nicht ein anderer Wille der Kontrahenten anzunehmen ist (§§ 2297, 2298).

c) Ist in dem Erbvertrag von dem einen oder anderen Kontrahenten einseitig (nicht vertragsmäßig) eine Verfügung getroffen worden, so bestimmt sich die Aufhebung grundsätzlich nach den Vorschriften, welche in dieser Hinsicht für derartige, durch Testament bestimmte Anordnungen gelten.

VI. Verkündung [1]).

Die Eröffnung und Verkündung eines in Verwahrung des Nachlaßgerichts befindlichen Erbvertrags erfolgt unter entsprechender Anwendung der §§ 2259 bis 2263, 2273; auch hier sind also, wie bei

[1]) Vgl. noch Art. 82 A.G.

der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments, die Verfügungen des überlebenden Teils, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden, noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen (§ 2300). Bezüglich der Einsichtnahme und Abschrifterteilung kommen die Vorschriften des § 34 R.G. F.G. bzw. Art. 50 P.G. F.G. zur Anwendung (K.G. J.M.Bl. 02 S. 256); vgl. R.G. 53 S. 393. Der Notar hat alle Erbverträge, mag er sie offen bei den Akten oder in besonderer amtlicher Verwahrung halten, an das Nachlaßgericht abzuliefern (K.G. R. 03 S. 19); sie verbleiben in Preußen dauernd bei dem Nachlaßgericht (K.G. Joh. 25 S. 58); vgl. R.G. 53 S. 390.

VII. Schenkung auf den Todesfall.

a) Zum Begriffe gehört, daß ein (akzeptiertes) Schenkungsversprechen unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt (R.G. J.W. Beil. 03 S. 42); diese Bedingung wird in der Regel anzunehmen sein, wenn bei einer bestimmten Lebensgefahr die Schenkung erklärt wird. Einem derartigen Schenkungsversprechen steht auch ein unter der gleichen Bedingung erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art gleich; vgl. oben S. 534, 535.

Wird nur die Erfüllung der Schenkung, ohne an die Bedingung des Überlebens geknüpft zu sein, auf den Todestag des Schenkgebers hinausgeschoben, dann liegt Schenkungsvertrag unter Lebenden vor.

b) Auf eine solche Schenkung (a) finden, je nachdem nur ein formgerechtes Versprechen erteilt, oder schon die Vollziehung durch Leistung der Zuwendung bewirkt ist, die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen (Erbeseinsetzung, Vermächtnis- und Auflagenanordnung) oder die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung (§ 2301).

§ 119.

Pflichtteil (§§ 2303 bis 2338).

I. Begriff und rechtliche Natur.

Das Pflichtteilsrecht wird nicht als ein Intestaterbrecht, als ein Miterbenrecht aufgefaßt. Es enthält eine Beschränkung der Testierfreiheit dahin, daß dem Berechtigten die Hälfte des Wertes des ihm an sich gesetzlich gebührenden Erbteils (Pflichtteil) aus dem Nachlasse zufallen muß (§§ 2303 und 2305).

Hat der Erblasser diese Schranke nicht innegehalten und dem Berechtigten den ihm hiernach zustehenden Wertbetrag nicht zugewendet, ihn also entweder durch Verfügung von Todes wegen von der gesetzlichen Erbfolge gänzlich ausgeschlossen[1]), oder ihm nur einen die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht erreichenden Erbteil[2]) hinterlassen[3]), so wird dem Berechtigten die persönliche Klage auf Verabfolgung oder Ergänzung des fehlenden Betrags, auf Leistung des Werts aus der Erbschaft (§§ 2303, 2305) gewährt (R.G. 6 S. 247, 14 S. 208, 21 S. 272, 23 S. 228). Die Übergehung eines zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten begründet dagegen unter den Voraussetzungen des § 2079 in der Regel die Anfechtung der letztwilligen Verfügung.

a) Die Zuwendung des Pflichtteils ohne jede nähere Bestimmung über die von dem Bedachten einzunehmende Stellung ist im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen (§ 2304). Dies wird auch anzunehmen sein, wenn der Erblasser seine Frau und seinen Sohn zu Erben berufen, aber im Anschlusse daran bestimmt hat, daß die Frau Universalerbin sein und der Sohn nur den Pflichtteil erhalten solle (R.G. R.03 S.19).

b) Ist dagegen der Pflichtteilsberechtigte als Erbe berufen, aber durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt, oder auch mit einem Vermächtnis bzw. einer Auflage beschwert, so muß man unterscheiden (§ 2306):

1. Die Beschränkung oder die Beschwerung gilt als nicht angeordnet, wenn der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt.

2. Ist jedoch der hinterlassene Erbteil größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der in der angegebenen Weise beschränkte oder beschwerte Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil nur ver-

---

[1]) Der Ausschluß kann ausdrücklich, z. B. gemäß § 1938, erfolgen, er kann aber auch durch eine anderweite den Pflichtteilsberechtigten ausschließende Erbeinsetzung geschehen.

[2]) Erreicht oder übersteigt der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der pflichtteilsberechtigte Abkömmling trotzdem, sofern er Erbe ist und der Pflichtteil nach § 2316 Abs. 1 mehr als der Wert des hinterlassenen Erbteils beträgt, den Mehrbetrag von den Miterben als Pflichtteil verlangen (§ 2316 Abs. 2).

[3]) Dies kann beispielsweise auch dadurch geschehen, daß der Erblasser einen seiner beiden Söhne auf mehr als $^3/_4$ beruft; alsdann erhält der zweite als Intestaterbe den Rest des Nachlasses; den Fehlbetrag erlangt er mit der actio suppletoria.

langen, wenn er den Erbteil ausschlägt[1]). Die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Berechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt; eine frühere Annahme beseitigt mithin das Recht der Ausschlagung nicht.

Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es auch gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.

c) Dem Erblasser ist die Befugnis versagt, den Pflichtteilsberechtigten durch die Zuwendung eines Vermächtnisses zu befriedigen, da der Vermächtnisanspruch sich mit dem Pflichtteilsanspruch nicht notwendig deckt.

1. Der mit dem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte kann deshalb den Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt[2]); der beschwerte Erbe kann ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses auffordern; mit dem fruchtlosen Ablaufe der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen.

2. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis nicht aus, so steht seinem Anspruch auf den Pflichtteil der Einwand entgegen, daß er durch das Vermächtnis, soweit dessen Wert reicht, befriedigt sei; bei der Berechnung des Werts des Vermächtnisses bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der unter b (§ 2306) bezeichneten Art außer Betracht (§ 2307).

II. Pflichtteilsberechtigte.

a) Das Pflichtteilsrecht wird eingeräumt (§ 2303)

1. allen Abkömmlingen des Erblassers ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades,

2. den Eltern des Erblassers, aber nicht den übrigen Aszendenten,

3. dem Ehegatten des Erblassers.

b) Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind aber ausnahmsweise insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde (§ 1924), also ein vorgehender Deszendent, den Pflichtteil verlangen

---

[1]) Hat der Erblasser den Berechtigten durch eine Schenkung unter Lebenden beeinträchtigt, so ist der außerordentliche Pflichtteilsanspruch aus den §§ 2325 ff. gegeben.

[2]) Wegen Anfechtung der Ausschlagung vgl. § 2308.

kann, oder das ihm Hinterlassene annimmt; die Befugnis dieses näher berechtigten Erben, den Pflichtteil zu verlangen, z. B. nach §§ 2306, 2307, beseitigt mithin jene eventuellen Pflichtteilsansprüche, auch wenn von der Befugnis kein Gebrauch gemacht wird (§ 2309).

Demselben Stamme wird also nur einmal ein Pflichtteilsrecht gewährt. Die entfernteren Abkömmlinge bzw. die Eltern des Erblassers sind deshalb auch nicht pflichtteilsberechtigt, wenn der nähere Abkömmling wegen seines Pflichtteilsanspruchs durch frühere Zuwendungen des Erblassers bereits befriedigt ist.

c) Das im gem. Recht anerkannte Pflichtteilsrecht der Geschwister ist abgelehnt.

III. Größe des Pflichtteils.

a) Der Pflichtteil als Ersatz des gesetzlichen Erbrechts steht dem einzelnen Berechtigten unabhängig von anderen zu, der Berechtigte muß sein Recht für sich geltend machen können und es deshalb nach seinem gesetzlichen, ihm an sich gesetzlich gebührenden Erbteil selbständig zugemessen erhalten. Der Pflichtteil besteht deshalb entsprechend dem gem. Recht in einer Quote des Werts dieses Erbteils, nicht in einem Nachlaßbruchteil; die Quote ist für alle Fälle, für Abkömmlinge, Eltern, Ehegatten, gleichmäßig auf die Hälfte festgesetzt (§ 2303). Ausnahmsweise ist ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling, auch wenn der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht oder übersteigt, noch einen weiteren Pflichtteilsanspruch geltend zu machen befugt. Er kann nämlich, wenn er selbst Erbe ist und der Pflichtteil nach § 2316 Abs. 1 infolge der Vergrößerung des Nachlasses durch Hinzurechnung der sämtlichen kollationspflichtigen Zuwendungen mehr als der Wert des hinterlassenen Erbteils beträgt, den Mehrbetrag von den Miterben als Pflichtteil verlangen; hieraus folgt, daß der ganze Nachlaß durch den Pflichtteilsanspruch aufgezehrt werden kann (§ 2316 Abs. 2)[1]). Beispielsweise X setzt seine drei Töchter A, B und C je zu einem Drittel als Erben ein. Der Nachlaß beträgt 30000 M., erhöht sich aber durch Hinzurechnung der Ausstattung von B und C um je 120000 M., also auf 270000 M. Der Pflichtteil von A beläuft sich mithin auf 45000 M., so daß ihr der ganze Nachlaß von 30000 M. gebührt.

---

[1]) Wegen Pflichtteilsergänzung vgl. § 2326.

b) Maßgebend ist derjenige Erbteil, der dem Pflichtteilsberechtigten bei unverändertem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge gebühren würde. Demgemäß werden bei der Feststellung des Erbteils auch diejenigen mitgezählt, welche durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sind, oder die Erbschaft ausgeschlagen haben, oder für erbunwürdig erklärt sind; nicht mitgezählt wird dagegen, wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2310).

IV. Berechnung des Pflichtteils.

a) Zugrunde zu legen ist der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls; spätere Vermehrungen oder Verminderungen des Nachlasses werden nicht berücksichtigt, insbesondere hat der Pflichtteilsberechtigte auch nicht die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Nachlaßgegenstände zu tragen. Verpflichtungen aus Vermächtnissen bleiben naturgemäß außer Betracht. Die Forderungen der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger sind zu berücksichtigen. Bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern des Erblassers kommt aber der dem überlebenden Ehegatten gebührende Voraus (§§ 1932, 1933) nicht in Ansatz, als ob er nicht zum Nachlasse gehörte; selbst wenn er den Nachlaß erschöpft, genießt mithin das Recht des Ehegatten auf den Voraus den Vorrang vor dem Pflichtteilsrechte der Eltern (§ 2311 Abs. 1).

1. Der Wert sowohl der Aktiva wie der Passiva ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln; solcher bedarf es also z. B. nicht, wenn ein Barbestand oder eine sichere Forderung zum Nachlaß gehört. Auf die Veräußerung der Nachlaßgegenstände behufs Wertermittelung hat der Pflichtteilsberechtigte, da er nicht Miteigentümer ist, keinen Anspruch.

α) Eine vom Erblasser getroffene Wertbestimmung ist nicht maßgebend (§ 2311 Abs. 2). Ausnahmen sind in dem § 2312 bezüglich der Wertbestimmung eines zum Nachlaß gehörenden Landgutes (vgl. noch § 2049; Art. 137 E.G.)[1]) enthalten, wenn der Erbe, der es erwirbt, zu den im § 2303 genannten pflichtteilsberechtigten Personen gehört (§ 2312).

β) Bedingte Rechte und Verbindlichkeiten sowie ungewisse oder unsichere Rechte und zweifelhafte Verbindlichkeiten sind gemäß § 2313 zu bewerten; steht die endliche Entscheidung der Ungewißheit

[1]) Die bezügliche Feststellung des Ertragswerts richtet sich nach Art. 83 A.G. in dessen Geltungsgebiete.

mit der Feststellung nicht im Einklang, so hat nachträglich die der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen.

2. Ist der Pflichtteilsberechtigte nicht selbst Erbe, so hat ihm der Erbe, aber nicht der Testamentsvollstrecker (R.G. Bd. 50 S. 225, J.W. Beil. 02 S. 216, R. 02 S. 264), auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen[1]) und ihm zu diesem Behufe ein Verzeichnis des Bestandes gemäß § 260 vorzulegen, eventuell auch zu manifestieren (K.G. R. 02 S. 325). Der Erblasser vermag den Erben hiervon nicht zu entbinden.

Der Pflichtteilsberechtigte kann seine Zuziehung bei der Aufnahme des Verzeichnisses und die Ermittelung des Werts der Nachlaßgegenstände, aber auch die Aufnahme des Verzeichnisses durch die zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar verlangen (§ 2314).

b) Dem Nachlasse hinzugerechnet wird bei der Feststellung des Pflichtteils der Wert einer jeden dem Pflichtteilsberechtigten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, z. B. durch Schenkung oder Ausstattung oder Zuschüsse mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bestimmung der Anrechnung auf den künftigen Pflichtteil gemachten Zuwendung; dieser Wert bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in welchem dieselbe erfolgt ist. Ist der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, z. B. ein Enkel, so ist er abweichend von R.G. 28 S. 162 auch wegen der Zuwendungen gemäß § 2051 Abs. 1 zur Ausgleichung verpflichtet, welche der weggefallene Abkömmling, z. B. sein Vater, empfangen hat, an dessen Stelle er getreten ist (§ 2315); ob der Pflichtteilsberechtigte den Weggefallenen beerbt hat, ist unerheblich; auch darauf kommt es nicht an, ob er durch diesen mit dem Erblasser verwandt ist. Ohne Rücksicht hierauf werden derartige Zuwendungen dem Nachlasse hinzugerechnet.

c) Handelt es sich um die Bestimmung des Pflichtteils eines Abkömmlings, also nicht der Eltern und nicht des Ehegatten des Erblassers, so kommt es für die Feststellung des Nachlaßbestandes darauf an, ob noch mehrere Abkömmlinge vorhanden sind und unter ihnen im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen sein würde (§§ 2050 ff.). Treffen diese beiden Voraussetzungen zu, so bestimmt sich der Pflichtteil des berechtigten Abkömmlings nach demjenigen, was auf seinen gesetzlichen Erbteil unter

---

[1]) Jeder Pflichtteilsberechtigte kann besondere Auskunft verlangen (K.G. R. d. O.L. 4 S. 432).

Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde. Mithin wird jedem Miterben der Wert der Zuwendung, die er zur Ausgleichung zu bringen hat, z. B. einer Ausstattung, auf seinen Erbteil (R.G. J.W. Beil. 03 S. 48) angerechnet und der Wert nicht bloß der einen, sondern der sämtlichen kollationspflichtigen Zuwendungen auch der anderen Abkömmlinge nach Maßgabe des § 2055 dem Nachlasse hinzugerechnet, selbst wenn sie tatsächlich, z. B. infolge Ausschlagung oder begründeter Enterbung gar nicht zur Erbfolge gelangen; doch bleibt ein durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossener Abkömmling bei der Berechnung außer Betracht. Eine Zuwendung der im § 2050 Abs. 1 bezeichneten Art (Ausstattung) kann der Erblasser nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen, während ein solches Verbot in Ansehung anderer Zuwendungen wirksam ist (§ 2316).

V. **Der Pflichtteilsanspruch.**

a) Der Anspruch auf den Pflichtteil entsteht mit dem Erbfalle; seine Entstehung in einem früheren oder späteren Zeitpunkt ist ausgeschlossen (§ 2317 Abs. 1).

b) Der Pflichtteilsanspruch ist vererblich und übertragbar (§ 2317 Abs. 2), er ist trotzdem der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (§ 852 C.P.O.), vgl. oben S. 378.

Der Berechtigte kann auf den Anspruch gemäß § 397 verzichten; ein solcher Verzicht liegt in der Annahme des Hinterlassenen nicht (§§ 2305 ff.).

c) Die Pflichtteilslast trifft den Erben als solchen, sie gehört zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967). Der Berechtigte kann sich mithin nur an den oder die Erben bzw. Miterben halten (§§ 2303, 2305). Auch wenn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen die Pflichtteilslast im Verhältnis der Erben zueinander einzelnen Erben auferlegt (§ 2324), haften dem Pflichtteilsberechtigten sämtliche Erben in Gemäßheit der allgemeinen Vorschriften (§§ 2058 ff.). Dem Pflichtteilsanspruch eines Berechtigten kann jedoch der Erbe, der selbst pflichtteilsberechtigt ist, bei der Konkurrenz von Miterben nach der Teilung des Nachlasses eine peremtorische Einrede entgegensetzen und die Befriedigung des anderen Pflichtteilsberechtigten soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt; für den Ausfall haften die übrigen Erben (§ 2319). Der pflichtteilsberechtigte

Miterbe wird hiernach von der Teilnahme an der Pflichtteilslast frei, soweit sein eigener Pflichtteil hierdurch gemindert werden würde.

1. Im Verhältnis zum Erben kann die Haftung für den Pflichtteilsanspruch auch einem Vermächtnisnehmer oder aus einer Auflage Berechtigten zukommen.

α) Ist der Alleinerbe mit einem Legat oder einer Auflage beschwert, so muß man davon ausgehen, daß der Erblasser mangels einer abweichenden Anordnung (§ 2324) eine entsprechende Minderung der Beschwerungen eintreten lassen wollte. Der Erbe kann deshalb die Erfüllung derselben soweit verweigern, daß die Pflichtteilslast von ihm und den Bedachten verhältnismäßig getragen wird, der Vermächtnisnehmer muß insoweit eine Kürzung des ihm zugewendeten Vermächtnisses dulden; in gleichem Maße ist der Erbe auch den zur Erfüllung einer Auflage zu machenden Aufwand einzuschränken befugt.

Diese Abzüge sind aber nicht gerechtfertigt, soweit nach Maßgabe der §§ 2320 bis 2322 (unten 2, 3) die Pflichtteilslast im inneren Verhältnis derjenige zu tragen hat, welcher durch die Ausschlagung oder Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten gewinnt, und nicht der Erbe; letzterer kann deshalb die Erfüllung eines Legats oder einer Auflage insoweit nicht verweigern, es müßte denn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen eine abweichende Anordnung treffen (§§ 2323, 2324).

β) Ist der Vermächtnisnehmer selbst pflichtteilsberechtigt, so kann der Erbe das Legat nur soweit kürzen, daß dem Legatar der Pflichtteil verbleibt; dieser kann ihm von dem Erben nicht entzogen werden.

γ) Die Befugnis des Erben, wegen der ihn treffenden Pflichtteilslast die ihm auferlegten Beschwerungen, Vermächtnisse und Auflagen zu kürzen, reicht noch weiter, wenn er selbst pflichtteilsberechtigt ist; alsdann ist die Kürzung soweit zulässig, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt (§ 2318); der zur Deckung seiner Pflichtteilslast erforderliche Betrag ist aber der Höchstbetrag, um den der Erbe die Vermächtnisse und Auflagen in solchem Falle kürzen kann, nur bis zu dieser Höhe ist er die Last auf sie abzuwälzen befugt.

2. Dem anzunehmenden Willen des Erblassers entspricht es, daß bei einer Konkurrenz mehrerer Erben diesen ein obligatorischer Ausgleichungsanspruch wegen des Pflichtteils gegenüber demjenigen bei-

gelegt wird, der an Stelle des Pflichtteilsberechtigten gesetzlicher Erbe wird, z. B. gegenüber den weiteren Abkömmlingen eines von der Erbfolge ausgeschlossenen Kindes. Dieser eintretende gesetzliche Erbe hat mithin mangels abweichender Anordnung des Erblassers (§ 2324) im Verhältnis zu den Miterben die Pflichtteilslast in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen, er hat den Miterben gegenüber aber ferner auch in Höhe dieses Vorteils regelmäßig (§ 2324 cit.) die Vermächtnisse zu erfüllen, welche dem von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten zugewendet sind (§ 2307), sofern ihre Annahme erfolgt; über den Fall der Ausschlagung vgl. unter 3.

Die gleiche Haftung Miterben gegenüber trifft im Zweifel denjenigen, welchem der Erblasser den Erbteil des ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten durch Verfügung von Todes wegen zugewendet hat (§ 2320); vgl. jedoch § 2324 cit.

3. Wenn der Pflichtteilsberechtigte eine Zuwendung ausschlägt, so ist ein Doppeltes zu berücksichtigen.

α) Handelt es sich um die Ausschlagung eines dem Pflichtteilsberechtigten zugewendeten Vermächtnisses, so hat im Verhältnis der konkurrierenden Miterben und ebenso der Vermächtnisnehmer zueinander derjenige, welchem die Ausschlagung zustatten kommt, die Pflichtteilslast in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen; der Gewinnende hat mithin bis zum Betrage des Reinvorteils, welcher ihm infolge der Ausschlagung des Pflichtteilsberechtigten zugeht, zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs beizusteuern; der Erblasser kann jedoch auch hier durch Verfügung von Todes wegen eine abweichende Anordnung treffen (§§ 2321, 2324).

β) In Ansehung der Vermächtnis- und Auflagen-Beschwerungen, welche auf einer von dem Pflichtteilsberechtigten ausgeschlagenen Erbschaft oder Vermächtniszuwendung lasten, kann der Gewinnende, also derjenige, welchem die Ausschlagung zustatten kommt, mangels abweichender Anordnung des Erblassers (§ 2324) eine Kürzung soweit eintreten lassen, daß ihm der zur Deckung der Pflichtteilslast erforderliche Betrag verbleibt; seiner Verpflichtung gegenüber den Erben zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs gebührt mithin der Vorrang vor den Vermächtnissen und Auflagen, welche auf der ausgeschlagenen Erbschaft oder dem ausgeschlagenen Legat ruhen (§ 2322).

d) Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen[1]), was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bestimmung zugewendet worden ist, daß es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll (R.G. J.W. Beil. 03 S. 48). Ist eine derartige Zuwendung zugleich nach § 2316 Abs. 1 bei der Feststellung des Nachlasses und des gesetzlichen Erbteils zu berücksichtigen (IV c), so kommt sie auf den Pflichtteil nur mit der Hälfte des Werts zur Anrechnung (§§ 2315 Abs. 1, 2316 Abs. 4).

e) Der Pflichtteilsberechtigte hat kein Recht auf die Stellung als Erbe; ihm steht nur ein obligatorischer Anspruch auf eine Geldleistung zu. Diese richtet sich auf die Hälfte des Werts seines gesetzlichen Erbteils, wenn er aber als Erbe, jedoch zu einem unzureichenden Bruchteile, also z. B. nur auf ein Achtel statt des ihm gebührenden Viertels, eingesetzt ist, auf Leistung des Werts des fehlenden Achtels.

Darüber hinaus wird dem Pflichtteilsberechtigten[2]) zum Schutze gegen eine inofficiosa donatio des Erblassers ein außerordentlicher Pflichtteilsanspruch zugestanden, und zwar auch dann, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen[3]) und deshalb der regelmäßige Pflichtteilsanspruch ihm versagt ist (§§ 2326, 2305).

Ist dem Pflichtteilsberechtigten mehr als die Hälfte hinterlassen, so ist der Anspruch ausgeschlossen, soweit der Wert des mehr Hinterlassenen reicht.

1. Voraussetzungen dieses außerordentlichen Anspruchs sind:

α) Eine Schenkung muß vorliegen[4]); unerheblich ist es, ob der Erblasser sie unmittelbar vollzogen oder eine Verpflichtung zur Leistung schenkungsweise übernommen hat und dieses Versprechen noch nicht erfüllt ist; ausgenommen werden Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht

[1]) Die Anrechnung bestimmt sich, wenn der Erblasser erst nach dem 31. 12. 99 verstarb, nach neuem Recht (R.G. J.W. Beil. 03 S. 48).

[2]) Die Geltendmachung der Pflichtteilsergänzungsansprüche (§§ 2325—2329) seitens eines testamentarisch eingesetzten Erben wird nicht etwa durch die Ausschlagung des ihm zugewendeten Erbteils bedingt (R.G. J.W. Beil. 03 S. 73).

[3]) Auch der Intestaterbe, der durch eine Verfügung von Todes wegen nicht beeinträchtigt ist (§§ 2303 ff.), ist unter den gesetzlichen Voraussetzungen (oben II) Pflichtteilsberechtigter.

[4]) Auch wenn die Schenkung vor dem 1. 1. 00 stattgefunden hat, sind bei einem späteren Tode des Erblassers die §§ 2325 ff. gemäß Art. 213 E.G. anwendbar (R.G. 54 S. 241 ff.).

entsprochen wird (§ 2330). Auf die Größe der Schenkung wird abweichend von dem gem. Recht kein Gewicht gelegt. Die Schenkung bleibt aber unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls 10 Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind; ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe (§ 2325). Einer Schenkung steht die Dotierung einer von dem Erblasser durch die Dotierung neu begründeten, erst nach seinem Tode ins Leben tretenden Stiftung, auch einer Familienstiftung und eines Familienfideikommisses, gleich (R.G. 54 S. 399 ff., J.W. Beil. 03 S. 73, D.J.Z. 03 S. 321). Nicht getroffen wird eine andere Zuwendung, die nicht den Schenkungscharakter hat, insbesondere auch nicht der Leibrentenkauf (Ob.Trib. 64 S. 67).

β) Nur eine Schenkung des Erblassers kommt in Betracht. Eine Zuwendung, die aus dem Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft erfolgt, gilt als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht; erfolgt sie jedoch an einen Abkömmling, der nur von einem der Ehegatten abstammt oder an eine Person, von der nur einer der Ehegatten abstammt, oder hat einer der Ehegatten wegen der Zuwendung zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten, z. B. nach § 1463 Nr. 2, so wird angenommen, daß die Zuwendung von diesem allein beteiligten Ehegatten herrührt.

Diese Vorschriften finden auf eine Zuwendung aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung (§ 2331).

γ) Die Schenkung muß an einen anderen als den Pflichtteilsberechtigten, an einen Dritten[1]), erfolgt sein. Hat der Erblasser lediglich den Pflichtteilsberechtigten selbst beschenkt, so kann bloß um deswillen von einer Erhöhung des Pflichtteils nicht die Rede sein; solche Schenkung wird aber von Belang, wenn der Erblasser auch einen Dritten beschenkt hat und hierauf der außerordentliche Pflichtteilsanspruch gegründet wird (2).

2. Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten richtet sich nicht auf eine Anfechtung oder den Widerruf der Schenkung, sondern auf eine Ergänzung, Erhöhung seines Pflichtteils.

α) Der Wert des an den Dritten bzw. den Pflichtteilsberechtigten selbst verschenkten Gegenstandes wird dem Nachlasse hinzu-

[1]) Die Schenkung an den Erben ist ebenfalls Schenkung an einen Dritten, wenn der Pflichtteilsberechtigte nicht der Erbe ist.

gerechnet (§§ 2325, 2327); diese Hinzurechnung kann der Erblasser zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten nicht ausschließen.

αα) Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte, mag der Wert zur Zeit des Erbfalls höher oder geringer sein; zwischenzeitliche Beschädigungen oder Verbesserungen bleiben außer Ansatz.

ββ) In Ansehung jedes andern Gegenstandes entscheidet der Wert zur Zeit des Erbfalls; war jedoch der Wert zur Zeit der Schenkung geringer, so kommt der geringere Betrag in Ansatz (§ 2325 Abs. 2).

β) Der Pflichtteilsberechtigte kann den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil infolge dieser Hinzurechnung (α) erhöht.

αα) Hat er selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten, so ist es ihm auf die Ergänzung in voller Höhe anzurechnen; handelt es sich um eine Schenkung, deren Anrechnung der Erblasser selbst gemäß § 2315 bestimmt hat, so ist der Wert auf den Gesamtbetrag des gesetzlichen Pflichtteils und der Ergänzung in Anrechnung zu bringen.

ββ) Ist der Pflichtteilsberechtigte, der das Geschenk von dem Erblasser erhielt, ein Abkömmling desselben, z. B. ein Sohn, so ist bei Wegfall dieses Abkömmlings wegen der ihm gemachten Zuwendung der an seine Stelle tretende Abkömmling, z. B. ein Enkel oder auch ein Bruder oder eine Schwester des weggefallenen Abkömmlings, unter analoger Anwendung des § 2051 Abs. 1 verpflichtet, die Hinzurechnung und die Anrechnung des Geschenkes (αα) sich gefallen zu lassen (§ 2327), ohne Rücksicht darauf, ob er den Weggefallenen beerbt hat oder nicht.

γ) Auch für den außerordentlichen Pflichtteil haftet dem Berechtigten der Erbe. Ist dieser aber selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die Ergänzung des regelmäßigen Pflichtteils mittelst peremtorischer Einrede soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluß dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung dieses Pflichtteils gemäß §§ 2325 ff. gebühren würde (§ 2328).

3. Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf den außerordentlichen Pflichtteil ist, wenn ihm mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist, ausgeschlossen, soweit der Wert des mehr Hinterlassenen reicht (§ 2326).

f) Ein Recht gegen den Beschenkten steht dem Pflichtteilsberechtigten nur ausnahmsweise zu, nämlich

1. soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils, z. B. nach § 2328 cit. oder wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses und Beschränkung seiner Haftung, nicht verpflichtet ist,

2. wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst der alleinige Erbe ist.

Liegt einer dieser beiden Fälle vor, so besteht für den Beschenkten die Verpflichtung, das Geschenk dem Pflichtteilsberechtigten zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags (§ 2325) nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) herauszugeben; der Beschenkte kann jedoch die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrags abwenden, der Berechtigte hat aber nur den Herausgabe-, nicht einen Geldanspruch. Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (§ 2329).

g) Der regelmäßige und der außerordentliche Pflichtteilsanspruch verjährt in 3 Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis jedoch spätestens in 30 Jahren von dem Eintritte des Erbfalls an.

Der dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehende Herausgabeanspruch (§ 2329) verjährt bereits in 3 Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an ohne Rücksicht auf Kenntnis.

Die Verjährung sowohl des Pflichtteils- wie des Herausgabeanspruchs wird nicht dadurch gehemmt, daß die Ansprüche erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses (§§ 2306, 2307) geltend gemacht werden können (§ 2332).

VI. Entziehung des Pflichtteils (Enterbung)[1].

a) Der Erblasser kann nach dem Vorgange des gem. Rechts dem Pflichtteilsberechtigten aus bestimmten Gründen den Pflichtteil entziehen, und zwar

1. einem Abkömmlinge:

α) wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem anderen Abkömmlinge des Erblassers, z. B. auch einem an-

[1]) Die Anfechtung des Pflichtteilsanspruchs wegen Erbunwürdigkeit bestimmt sich nach § 2345 Abs. 2, der Erbverzicht (Verzicht auf das Pflichtteilsrecht) ist in den §§ 2346 ff. geregelt.

genommenen (§ 1757), nach dem Leben trachtet; unerheblich ist es, ob er als Täter, Anstifter oder Gehilfe handelt;

β) wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Mißhandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt, also nicht z. B. dessen Stiefkind ist; Notwehr schließt die Schuld aus;

γ) wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens, z. B. des Meineids oder Ehebruchs, wissentlich falscher Anschuldigung gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht;

δ) wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt;

ε) wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers, also ohne dessen Schuld, führt (§ 2333, § 2336 Abs. 4);

2. dem Vater bzw. der Mutter:

wenn der betreffende Elternteil sich einer der unter 1 α, γ, δ bezeichneten Verfehlungen schuldig macht (§ 2334);

3. dem Ehegatten:

wenn der Ehegatte sich einer Verfehlung schuldig macht, auf Grund deren der Erblasser nach den §§ 1565 bis 1568 auf Scheidung zu klagen berechtigt ist. Das Recht zur Entziehung erlischt aber nicht durch den Ablauf der für die Geltendmachung des Scheidungsgrundes im § 1572 bestimmten Frist (§ 2335).

b) Die Pflichtteilsentziehung erfolgt durch letztwillige Verfügung, in welcher der Grund der Entziehung angegeben werden muß (§ 2336); sie kann deshalb auch in einem Erbvertrage geschehen (§ 2299).

c) Der Grund der Entziehung (a) muß zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung (b) bestehen. Doch ist im Falle des § 2333 Nr. 5 die Entziehung unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat (§ 2336 cit.).

d) Der Beweis des Grundes der Entziehung liegt demjenigen ob, welcher sie geltend macht (§ 2336 cit.).

e) Das Recht der Pflichtteilsentziehung erlischt durch Verzeihung. Deshalb wird auch die die Entziehung anordnende Verfügung des Erblassers durch die Verzeihung unwirksam (§ 2337). Vgl. noch §§ 2085, 2270.

VII. Beschränkung des Pflichtteilsrechts in guter Absicht (exheredatio bona mente).

Dem Erblasser wird aus bestimmten Gründen eine Beschränkung des Pflichtteilsrechts eines Abkömmlings, nicht der anderen Pflichtteilsberechtigten, in dessen eigenem Interesse gestattet.

a) Vorausgesetzt wird, daß ein Abkömmling des Erblassers in solchem Maße der Verschwendung sich ergeben hat oder in solchem Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird. Der Grund muß zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung (c) bestehen.

b) Der Inhalt der Befugnis des Erblassers geht lediglich dahin:

1. Der Erblasser kann das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings durch die Anordnung beschränken, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben[1]) das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer (vgl. insbesondere §§ 2112 ff.) nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen.

2. Der Erblasser ist aber ferner befugt, für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker zu übertragen, womit dem Abkömmling die Verfügung gemäß §§ 2211 ff., 2214 entzogen wird; der Abkömmling hat jedoch in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag.

c) Die Anordnungen (b) erfolgen durch letztwillige Verfügung, in welcher der Grund (a) angegeben werden muß (vgl. noch § 2299).

d) Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.

e) Die Anordnungen (b) sind unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht (§ 2338).

---

[1]) Hat der Erblasser die „ehelichen Nachkommen" anstatt der gesetzlichen Erben eingesetzt, die Ehefrau mithin ausgeschlossen, so ist die Beschränkung unwirksam (R.G. R. d. O.L. 6 S. 332, R. 03 S. 313).

f) Ist der Schuldner als Erbe durch die Einsetzung eines Nacherben (b 1) beschränkt, so sind die Nutzungen der Erbschaft der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der dem Schuldner seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten oder seinem Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (b 2) beschränkt ist, für seinen Anspruch auf den jährlichen Reinertrag. Die Pfändung ist jedoch in beiden Fällen unbeschränkt zulässig, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein auch dem Nacherben oder Testamentsvollstrecker gegenüber wirksames Recht geltend gemacht wird (§ 863 C.P.O.).

Fünfter Abschnitt: Ausschluß des Erbrechts.

§ 120.

Erbunwürdigkeit (§§ 2339 bis 2345).

I. Gründe.

a) Es kommt hier nicht wie bei der Pflichtteilsentziehung auf die besonders schwere gegen den Erblasser sich richtende Verfehlung an. Wesentlich ist vielmehr, daß der Erbunwürdige den Erblasser hindert, von seiner Testierfreiheit Gebrauch zu machen, oder nach dem Tode des Erblassers einen hindernden Einfluß in Ansehung der Feststellung des Willens des Erblassers ausübt. Nicht verlangt wird der Nachweis, daß der Erblasser ohne die Verfehlung des Unwürdigen in anderer Weise als geschehen von Todes wegen verfügt haben würde, oder daß und in welcher Weise der Erblasser verfügt haben würde.

b) Hiernach ist erbunwürdig (§ 2339):

1. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, infolge dessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine letztwillige oder vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben; nicht in Betracht kommt, ob die Absicht des Handelnden auf einen Eingriff in die Testierfähigkeit gerichtet war;

2. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich ver-

hindert hat, eine letztwillige oder vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben;

3. wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung zur Errichtung oder Aufhebung einer solchen Verfügung von Todes wegen bestimmt hat[1]);

4. wer sich in Ansehung einer derartigen Verfügung des Erblassers einer nach den Vorschriften der §§ 267 bis 274 R.St.G.B strafbaren Handlung (Urkundenfälschung) schuldig gemacht hat, z. B. ein angeblich vom Erblasser herrührendes eigenhändiges Testament fälschlich anfertigt.

c) Die Erbunwürdigkeit tritt in der Fällen b 3 und 4 nicht ein, wenn vor dem Eintritt des Erbfalls die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren die strafbare Handlung begangen worden ist, unwirksam geworden ist, oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde, z. B. nach den §§ 2077, 2268, 2279.

II. Geltendmachung.

Der Erbunwürdige ist nicht kraft des Gesetzes unfähig, aus dem betreffenden Nachlaß zu erben; die Erbunwürdigkeit wird vielmehr durch Anfechtung des Erbschaftserwerbs geltend gemacht.

a) Die Anfechtung ist erst nach dem Anfall der Erbschaft zulässig; einem Nacherben gegenüber, z. B. auch im Falle des § 2103 kann sie schon nach dem Anfall der Erbschaft an den Vorerben erfolgen.

b) Sie findet nur innerhalb einer einjährigen Präklusivfrist statt.

1. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte (c) von dem Erbunwürdigkeitsgrunde Kenntnis erlangt.

2. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 (Hemmung, Vollendung) entsprechende Anwendung (§ 2340).

c) Die Anfechtungsbefugnis steht jedem zu, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, wenn auch nur mittelbar, z. B. bei dem Wegfall eines anderen infolge dessen Ausschlagung (§ 1953) oder Todes, zustatten kommt (§ 2341).

d) Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Anfechtungs-

---

[1]) Wegen Anfechtung vgl. §§ 2078, 2279, 2281 ff., 2301.

klage, welche darauf zu richten ist, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt wird (§ 2342).

e) Die Anfechtung ist ausgeschlossen,

1. wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat (§ 2343),

2. wenn seit dem Erbfalle 30 Jahre verstrichen sind (§ 2340).

III. Wirkung.

Die Wirkung der Anfechtung, die erst mit der Rechtskraft des Urteils auf die Anfechtungsklage eintritt, besteht darin:

a) daß der Anfall an den für erbunwürdig erklärten Erben als nicht erfolgt gilt, während er nach gem. Recht nur die Vorteile der Erbschaft unter Wahrung der Erbenqualität verliert;

b) daß die Erbschaft demjenigen anfällt, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall an diesen gilt als mit dem Eintritt des Erbfalls erfolgt (§ 2344).

IV. Anfechtung des Vermächtnis- und Pflichtteilsanspruchs.

a) Der Anspruch aus dem Vermächtnis, sowie ein Pflichtteilsanspruch, ist anfechtbar, wenn sich der Vermächtnisnehmer bzw. Pflichtteilsberechtigte einer der im § 2339 Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen (Erbunwürdigkeitsgründe) schuldig gemacht hat.

b) Die Vorschriften der §§ 2082, 2083, 2339 Abs. 2 und der §§ 2341, 2343 finden Anwendung (§ 2345).

§ 121.

Erbverzicht (§§ 2346 bis 2352).

I. Begriff und rechtliche Natur.

a) Der Erbverzicht ist ein Vertrag, inhalts dessen entweder ein Verwandter oder der Ehegatte des Erblassers diesem gegenüber auf sein gesetzliches Erbrecht bzw. sein Pflichtteilsrecht oder eine durch Testament als Erbe eingesetzte bzw. mit einem Vermächtnis bedachte Person oder ein in einem Erbvertrag bedachter Dritter dem Erblasser gegenüber auf die Zuwendung gegen eine Abfindung oder unentgeltlich verzichtet (§§ 2346, 2352). Mitkontrahent des Verzichtenden ist also stets der Erblasser[1]).

[1]) Dagegen ist in § 312 der Erblasser nicht Vertragsteil, sondern Dritter.

b) Der Erbverzicht stellt sich als eine die Delation unmittelbar ändernde Verfügung dar; er hat nicht lediglich obligatorische Wirkung, bezielt nicht bloß die obligatorische Bindung, das Erbrecht oder die Zuwendung nicht geltend machen zu wollen, sondern zeigt einen erbrechtlichen Charakter.

II. Abschluß.

Der Erbverzicht ist nur zugelassen in der Form des Vertrags zwischen dem Erblasser einerseits und dem Verzichtenden andrerseits.

a) Der Erbverzichtsvertrag bedarf wie der Vertrag, durch den ein Erbverzicht in Ansehung des gesetzlichen Erbrechts oder des Pflichtteilsrechts aufgehoben wird, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§§ 2348, 2351, 2352).

b) Der Erblasser kann den Erbverzichtsvertrag, sowie den Vertrag, durch den ein Erbverzicht bezüglich des gesetzlichen Erbrechts oder des Pflichtteilsrechts aufgehoben wird, nur persönlich schließen (§§ 2347 Abs. 2, 2351, 2352).

1. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

2. Ist er geschäftsunfähig, so kann der Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden; diese Genehmigung ist jedoch nicht erforderlich, wenn der Abschluß unter Ehegatten oder Verlobten erfolgt (§§ 2347 Abs. 2, 2351, 2352 cit.).

c) Die Fähigkeit des Verzichtenden bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen; erforderlich ist aber, sofern der Verzichtende unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; derselben bedarf er ausnahmsweise dann nicht, wenn er unter elterlicher Gewalt steht und der Abschluß unter Ehegatten oder Verlobten stattfindet (§§ 2347 Abs. 1 2352).

III. Wirkung.

a) Der vertragsmäßige Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht hat zur Folge,

1. daß der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte,

2.. daß er auch kein Pflichtteilsrecht hat, mithin seinen ihm

gesetzlich zustehenden Wertanspruch nicht mehr geltend machen darf. Gerade in dieser Aufgabe des Pflichtteilsrechts liegt in der Regel die materielle Bedeutung des Erbverzichts, da zur Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge der Erblasser auch einseitig durch Testament befugt ist (§ 1938). Deshalb kann der Verzicht auch auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden, womit ein Aufgeben des gesetzlichen Erbrechts nicht intendiert, vielmehr nur bezweckt wird, dem Erblasser die freie Verfügung über seinen Nachlaß zu verschaffen.

α) Der Fiskus kann auf sein gesetzliches Erbrecht nicht verzichten (§ 2346).

β) Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auch auf seine Abkömmlinge, obschon deren Erbrecht kein abgeleitetes, sondern ein selbständiges ist; ein anderes kann jedoch bestimmt werden. Der Verzicht eines Aszendenten oder des Ehegatten des Erblassers läßt das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden unberührt (§ 2349).

b) Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht kann auch zugunsten einer bestimmten Person erfolgen. Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein solcher Verzicht nur für den Fall gelten soll, daß der andere auch wirklich Erbe wird; tritt diese Voraussetzung nicht ein, z. B. wenn der andere vor dem Erbfall stirbt oder für erbunwürdig erklärt wird (§ 2344) oder die Erbschaft ausschlägt (§ 1953), so wird der Verzicht in der Regel unwirksam sein. Verzichtet ein Abkömmling des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so wird dem Vertrage die Deutung gegeben, daß er nur zugunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers gelten, dessen Aszendenten und übrigen Verwandten also nicht zum Vorteile gereichen soll (§ 2350).

Die Bedeutung des Erbverzichts zugunsten einer bestimmten Person kann, muß aber nicht notwendig dahin gehen, daß der Erblasser den Dritten unmittelbar letztwillig oder auch vertragsmäßig auf den durch den Verzicht frei werdenden Teil der Erbschaft einsetzt.

c) Verzichtet der Testamentserbe oder Legatar oder der Dritte, dem in einem Erbvertrag eine Zuwendung gemacht ist, auf die Zuwendung, so wird der Erblasser von der Beschränkung seiner Testierfreiheit insoweit frei (§ 2352).

IV. Ablieferung.

Die Bestimmungen über die Ablieferung und Verkündung der Testamente bzw. Erbverträge (§§ 2259 ff., § 2300) können auf Erbverzichtsverträge keine Anwendung finden.

Sechster Abschnitt: Nachweis des Erbrechts.

§ 122.

Erbschein[1]) (§§ 2353 bis 2370).

I. Voraussetzungen.

a) Die Erteilung des Erbscheins (Erbbescheinigung) geschieht nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist nur der Erbe, nicht ein Dritter, vgl. jedoch §§ 792, 896 C.P.O. (K.G. Joh. 3 S. 33, 6 S. 13, 12 S. 46), abweichend von dem Pr. G. v. 12. 3. 69 aber nicht bloß der gesetzliche, sondern jeder Erbe, auch derjenige, der sein Recht auf eine Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) gründet[2]). Auch dem Testamentsvollstrecker wird die Antragsbefugnis nicht abzusprechen sein (K.G. R. 01 S. 515, Joh. 22 S. 57).

1. Der Antrag des gesetzlichen Erben hat die in dem § 2354 vorgeschriebenen Angaben zu enthalten; wird der Antrag auf eine Verfügung von Todes wegen[3]) gestützt, so sind die in dem § 2355 aufgeführten Tatsachen anzugeben. Wird der Antrag von dem Testamentsvollstrecker gestellt, so hat er in jedem Falle anzugeben, für welche Personen der Erbschein ausgestellt werden soll und daß diese Personen die Erbschaft angenommen haben (K.G. R. 03 S. 126).

2. Der Antragsteller hat die Angaben des Antrags in Gemäßheit des § 2356 nachzuweisen.

α) Die Zeit des Todes des Erblassers und das Verhältnis,

---

[1]) Vgl. noch §§ 36 bis 38, 52, 53, 99 Gr.O.; Art. 10 Pr. A.G. z. Gr.O.; §§ 84, 85 R.G. F.G.; § 94 C.P.O.

[2]) Hieraus folgt aber nicht, daß der Nachweis des Erbrechts den Schuldnern gegenüber oder dem Gerichte gegenüber nur durch einen Erbschein geführt werden kann (R.G. Gr. 01 S. 1034 ff.). Die Vorlegung eines formgültigen Testaments genügt deshalb für die Abhebung eines Depots (R.G. 54 S. 344, J.W. Beil. 03 S. 84, D.J.Z. 03 S. 321).

[3]) Der Nachlaßrichter hat die Gültigkeit des Testaments zu prüfen (K.G. Joh. 23 S. 66, 25 S. 64).

auf dem das gesetzliche Erbrecht beruht, z. B. Verwandtschaft, Ehe, sowie der besondere Grund des Wegfalls einer den Antragsteller von der Erbfolge ausschließenden oder sein Erbteil mindernden Person, z. B. Tod, Ausschlagung, sind durch öffentliche Urkunden darzutun. Beruht das Erbrecht auf einer Verfügung von Todes wegen, so ist auch diese Urkunde vorzulegen. Die vorherige Eröffnung eines vorhandenen Testaments ist Bedingung für die Erteilung des Erbscheins (K.G. Joh. 22 S. 54).

Sind die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt die Angabe anderer Beweismittel behufs Überzeugung des Nachlaßgerichts.

β) In Ansehung der übrigen erforderlichen Angaben hat der Antragsteller, ev. sein gesetzlicher Vertreter (K.G. Joh. 11 S. 49), vor Gericht oder einem Notar (K.G. Joh. 25 S. 60, R. 03 S. 182) an Eidesstatt zu versichern, daß ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht. Das Nachlaßgericht kann die Versicherung erlassen, wenn es sie nicht für erforderlich erachtet, z. B. infolge Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch Miterben, vgl. auch § 2357 Abs. 4 (gemeinschaftlicher Erbschein).

Es kann auch die Form der Versicherung den tatsächlichen Verhältnissen anpassen und ihren Inhalt konkretisieren (K.G. Joh. 14 S. 63).

γ) Die Vorschriften über den Beweis (α, β) finden keine Anwendung, soweit die Tatsachen bei dem Nachlaßgericht offenkundig sind (§§ 2356, 2357 Abs. 3).

b) In dem Erbschein wird das Erbrecht des Antragstellers und wenn dieser nur zu einem Teile der Erbschaft berufen ist, also als Miterbe, die Größe des Erbteils bezeugt. Unrichtig ist es, als Erbquote eine bestimmte Nachlaßsache oder Summe zu bezeichnen (K.G. Joh. 20 S. 265). Auch erscheint die Erteilung einer den Inhalt des Testaments nur ergänzenden Erbbescheinigung unzulässig (K.G. R. 01 S. 515). Sind mehrere Erben vorhanden, so kann auf Antrag auch nur eines von ihnen auch ein gemeinschaftlicher Erbschein erteilt werden (§ 2357). Immer bezeichnet der Erbschein nicht die zur Erbschaft Berufenen, sondern diejenigen, welche wirklich Erben geworden sind (K.G. Joh. 4 S. 53). Deshalb hat der Antrag eines Miterben die Angabe zu enthalten, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Unzulässig ist deshalb auch die Erteilung eines Erbscheins für die Kinder des Erblassers als gesetzliche Erben während der Schwangerschaft der Witwe (K.G. Joh. 22 S. 61).

1. In dem Erbschein, der einem Vorerben erteilt wird, ist anzugeben, daß eine Nacherbfolge bzw. ein fideicommissum in id quod supererit angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen die Nacherbfolge eintritt und wer der Nacherbe ist (§ 2363). Die Person des etwaigen Nacherben ist schon vor Eintritt des Substitutionsfalles festzustellen und, soweit tunlich, im Erbschein anzugeben (K.G. R. 02 S. 320 und S. 350, Joh. 24 S. 286).

2. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch den Erblasser ist in dem Erbschein ebenfalls anzugeben (§ 2364).

3. Unzulässig ist die Aufnahme von Angaben über die dem Erben auferlegten Vermächtnisse.

c) Der Erbschein wird von dem Nachlaßgericht (§§ 72, 73 R.G. F.G.) erteilt. Dieses veranstaltet die erforderlichen Ermittelungen und nimmt die geeignet erscheinenden Beweise auf (K.G. Joh. 4 S. 51, 14 S. 58, R. 02 S. 373). Es kann auch eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung von Erbrechten erlassen und soll, wenn ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist, tunlichst den Gegner des Antragstellers und wenn die Verfügung, auf der das Erbrecht beruht, nicht in einer dem Gerichte vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten ist, denjenigen über die Gültigkeit der Verfügung hören, welcher im Falle ihrer Unwirksamkeit Erbe sein würde. Den Erbschein hat es nur dann zu erteilen, wenn es die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet (§§ 2358, 2359, 2360). Das Nachlaßgericht hat deshalb die Pflicht, gegenüber dem Antrage des gesetzlichen Erben auf Erteilung eines Erbscheins eine bestimmte Entscheidung in der Richtung zu treffen, ob ein von dem Erblasser errichtetes Testament der Erbfolge des Antragstellers entgegensteht (K.G. Joh. 25 S. 64, R. 02 S. 530). Die Übergabe eines Privattestaments zur gerichtlichen Verwahrung verleiht ihm nicht den Charakter der öffentlichen Urkunde.

Die Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins begründet

1. für das Nachlaßgericht die Verpflichtung, ihn einzuziehen oder durch Beschluß für kraftlos zu erklären (§ 2361),

2. für den wirklichen Erben[1]) den ev. im Prozeßwege erzwingbaren Anspruch

[1]) Ebenso für die in § 2370 Abs. 2 bezeichneten Personen.

α) gegen den Besitzer des unrichtigen Erbscheins auf Herausgabe desselben an das Nachlaßgericht[1]),

β) gegen denjenigen, dem ein unrichtiger Erbschein erteilt wurde, auf Auskunftserteilung über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände (§ 2362 Abs. 2).

Das Nachlaßgericht kann auch von Amts wegen über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins Ermittelungen veranstalten; es wird solche vornehmen, wenn ihm z. B. auf Grund eines über das Erbrecht entstandenen Rechtsstreits Zweifel an der Richtigkeit auftauchen.

II. Wirkung.

a) Dem Erbschein wird nicht wie einer öffentlichen Urkunde volle Beweiskraft gewährt. Nur die durch Gegenbeweis widerlegbare Vermutung erscheint, wie inhalts des § 891 für eine Grundbucheintragung, begründet, daß demjenigen, welcher als Erbe in dem Erbschein bezeichnet ist, das dort angegebene Erbrecht zustehe, und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei (§ 2365). Diese positive und negative Wirkung äußert der Erbschein für und gegen einen jeden, auch gegen denjenigen, welcher selbst Erbe zu sein behauptet. Der Grundbuchrichter hat deshalb den Erbschein nicht daraufhin nachzuprüfen, ob der Nachlaßrichter mit Recht die Erbfolge für nachgewiesen gehalten hat (K.G. R. 03 S. 20).

b) Soweit die Vermutung (a) reicht, kann sich ein gutgläubiger Dritter in Ansehung gewisser Rechtsakte, entsprechend den die publica fides des Grundbuchs betreffenden §§ 892 ff., auf die Richtigkeit des Inhalts des Erbscheins verlassen (§§ 2366, 2367)[2]).

1. In Betracht kommen insoweit nur diejenigen Rechtsgeschäfte,

α) durch welche der Dritte von der in dem Erbschein als Erbe bezeichneten Person einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstand, z. B. ein Pfandrecht, oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte, z. B. durch Erlaß, entgeltlich oder unentgeltlich erwirbt[3]),

---

[1]) Dieser Anspruch steht auch dem Nacherben und Testamentsvollstrecker zu (§§ 2363 Abs. 2, 2364 Abs. 2).

[2]) Vgl. § 2370 (Unrichtigkeit der Todeserklärung).

[3]) Wegen persönlicher Rückforderung vgl. § 816.

β) durch welche an den in dem Erbschein bezeichneten Erben auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts, z. B. einer Nachlaßforderung, eine Leistung, z. B. eine Zahlung, bewirkt wird,

γ) durch welche zwischen diesem urkundlichen Erben und dem Dritten über ein solches Recht anderweit dinglich verfügt wird, z. B. durch Kündigung.

Nicht betroffen werden mithin die auf die Begründung eines obligatorischen Schuldverhältnisses gerichteten Verträge; sie stehen also nicht unter dem Schutz des guten Glaubens.

2. Der Erbschein muß zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts demjenigen, mit dem als Erben der Dritte verhandelt hat, erteilt gewesen sein. Ob der Dritte sich die Urkunde vorlegen ließ oder auch nur Kenntnis von der Erteilung hatte, ist unerheblich.

3. Nur zugunsten des Dritten, nicht zugunsten des wahren oder des in dem Erbschein bezeichneten Erben gilt der Inhalt des Erbscheins in dem angegebenen Umfang als richtig.

Die Begünstigung des Dritten tritt aber ausnahmsweise dann nicht ein, wenn es an dem Erfordernis des guten Glaubens in seiner Person fehlt, nämlich dann, wenn er entweder die Unrichtigkeit des Erbscheininhalts kennt oder aber weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe der Urkunde wegen Unrichtigkeit verlangt hat (§ 2361).

III. Zeugnis für den Testamentsvollstrecker.

a) Auch dem Testamentsvollstrecker hat das Nachlaßgericht auf Antrag ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen. Eine von den gesetzlichen Vorschriften über die Legitimation mehrerer Testamentsvollstrecker abweichende Anordnung des Erblassers ist in dem Zeugnis anzugeben (K.G. Joh. 22 S. 269, R. 01 S. 516).

b) Auf dieses Zeugnis finden die Vorschriften über den Erbschein, insbesondere über dessen Wirkung (II) entsprechende Anwendung (§ 2368). Vgl. noch § 36 Abs. 2 Gr.O. (K.G. R. 02 S. 531, Joh. 24 S. 221).

IV. Erbschein für einzelne Gegenstände.

Die Erleichterung der Erbeslegitimation soll auch dann eintreten, wenn ein Erbschein nach Maßgabe der §§ 2353ff. beim Fehlen eines zuständigen deutschen Nachlaßgerichts nicht zu erlangen ist. Unter dieser Voraussetzung kann für die zu einer solchen Erbschaft gehörigen, im Inlande befindlichen Gegenstände, also nicht bloß wie nach § 8 Pr. G. v. 12. 3. 69 für gebuchte Rechte und behördlich verwahrte Sachen,

die Erteilung eines Erbscheins verlangt werden. Hierdurch wird dem Antragsteller in Ansehung dieser Gegenstände die Rechtsstellung gewährt, welche sonst allgemein mit der Erteilung des Erbscheins verbunden ist.

Ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch, z. B. Grundbuch oder Register, z. B. Handelsregister, geführt wird, gilt als im Inlande befindlich; ein Anspruch gilt als im Inlande befindlich, wenn für die Klage ein deutsches Gericht, z. B. auch nach § 23 C.P.O., zuständig ist (§ 2369).

V. **Notwendigkeit des Erbscheins.**

Der Nachweis der Erbfolge kann dem Grundbuchamte[1]) nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und das Protokoll über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden; erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen (§ 36 Abs. 1 Gr.O.).

Siebenter Abschnitt: Veräußerung der Erbschaft.

§ 123.

Erbschaftskauf (§§ 2371 bis 2385)[2]).

I. **Begriff und Form; rechtliche Natur.**

a) Der Erbschaftskauf ist der obligatorische Vertrag, durch den der Erbe die ihm bereits angefallene Erbschaft verkauft (§ 2371).

1. Verkäufer ist der Erbe[2]) oder ein Miterbe; Käufer kann ein Miterbe oder ein Dritter sein; der obligatorische Verkauf der Quote eines Miterben ist nicht unzuläßig, wie aus § 2373 erhellt. Der Miterbe kann aber seinen Erbteil auch durch dinglichen Vertrag übertragen (§§ 2033 ff.).

2. Den Gegenstand bildet eine schon angefallene Erbschaft[3]).

[1]) Anderen Behörden und Personen, z. B. Nachlaßschuldnern und dem Prozeßgericht gegenüber ist auch ein anderweiter Nachweis zuläßig (R.G. 54 S. 344, Gr. 01 S. 1034).

[2]) Vgl. §§ 232, 233 K.O. (Nachlaßkonkurs); § 1000 C.P.O. (Aufgebot der Nachlaßgläubiger).

[3]) Vgl. jedoch § 2385 Abs. 1 (unten unter III).

α) Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten fällt unter § 312.

β) Der Vertrag, der über eine Erbschaft nach dem Tode des Erblassers, aber vor dem Anfall an den Veräußerer geschlossen wird, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

3. Den Regelfall bildet der Kauf (§§ 433 ff.) der Erbschaft, wobei Käufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen hat. Doch finden die Vorschriften über den Erbschaftskauf entsprechende Anwendung auch auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit, z. B. durch Erbschaftskauf, von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind (§ 2385 cit.), z. B. Schenkung.

b) Der Vertrag bedarf wie eine die Veräußerung schon ausführende Verfügung aus § 2033 zu seiner Wirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2371). Dies gilt auch für einen derartigen Vergleich (R.G. D.J.Z. 02 S. 485).

c) Der Vertrag bezweckt nicht die Übertragung des Erbrechts, sondern wie im gem. Recht des Inbegriffs der zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke; eine Universalsukzession für den Käufer wird nicht eröffnet. Die Kontrahenten sind nur obligatorisch verpflichtet, einander dasjenige zu gewähren, was sie haben würden, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre; Verkäufer hat deshalb dem Käufer die einzelnen Erbschaftsgegenstände zu übertragen, insbesondere Grundstücke aufzulassen, Forderungen abzutreten usw.

1. Die Vorteile, welche sich aus dem Wegfall eines Vermächtnisses oder einer Auflage oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben, gebühren dem Käufer (§ 2372).

2. Dagegen ist ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Kaufabschlusse durch Nacherbfolge oder infolge des Wegfalls eines Miterben, z. B. nach §§ 2094, 2279, 2299 anfällt, sowie ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen; das gleiche gilt von Familienpapieren und Familienbildern (§ 2373).

3. Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (Konfusion) oder von Recht und Belastung (Konsolidation) erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse der Kontrahenten zueinander als nicht erloschen; erforderlichenfalls ist ein solches Rechtsverhältnis wiederherzustellen, z. B. wenn es im Grundbuch gelöscht war, wieder einzutragen. Die Wiederaufhebung der

Wirkungen der Konfusion und Konsolidation hat mithin rückwirkende Kraft, berührt aber die von Dritten erworbenen Rechte, z. B. die Befreiung von Bürgen und Pfand, nicht (§ 2377).

II. Wirkung.

a) Rechtsverhältnis der Kontrahenten zueinander.

1. Umfang der Verbindlichkeiten des Verkäufers.

α) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände mit Einschluß dessen (Surrogate) herauszugeben[1]), was er vor dem Verkauf auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes, z. B. an Agio-, Lotterie- oder Prämiengewinnen (R.G. 32 S. 248) oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezog (§ 2374), z. B. durch Einziehung erbschaftlicher Forderungen.

αα) Dem Verkäufer verbleiben die auf die Zeit vor dem Verkaufe fallenden Nutzungen (§§ 100 ff.).

ββ) Für diese Zeit trägt der Verkäufer auch die Lasten mit Einschluß der Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten (§ 103); den Käufer treffen jedoch die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben, z. B. Erbschaftsstempel, sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert, nicht die Nutzungen der Erbschaftsgegenstände, gelegt anzusehen sind (§ 2379).

β) Dem Verkäufer liegt aber auch eine Ersatzpflicht ob, wenn er vor dem Verkaufe einen Erbschaftsgegenstand verbraucht, unentgeltlich veräußert oder unentgeltlich belastet hat. Im übrigen kann der Käufer wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe eines Erbschaftsgegenstandes nicht Ersatz verlangen. Verkäufer haftet auch dann nicht, wenn er solche Abgänge oder Verschlechterungen bei Anwendung der Diligenz eines ordentlichen Hausvaters hätte abwenden können.

αα) Der zu leistende Ersatz besteht in dem Werte des verbrauchten oder veräußerten Gegenstandes, in dem Falle der Belastung in der Wertminderung.

[1]) Vgl. § 260.

ββ) Die an sich begründete Ersatzpflicht tritt ausnahmsweise nicht ein, wenn der Käufer den Verbrauch oder die unentgeltliche Verfügung bei dem Kaufabschlusse kennt; in diesem Falle muß er sich durch eine besondere Vertragsklausel decken (§ 2375). Vgl. noch § 2385 Abs. 2 (Schenkung der Erbschaft).

γ) Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen eines Mangels im Rechte — Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache hat der Verkäufer überhaupt nicht zu vertreten — beschränkt sich auf die Haftung dafür,

αα) daß ihm das Erbrecht zusteht,

ββ) daß es nicht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist,

γγ) daß nicht Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen,

δδ) daß nicht unbeschränkte Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist (§ 2376). Vgl. noch § 2385 Abs. 2 (Schenkung der Erbschaft).

Wegen Entwehrung einzelner Gegenstände, sofern sie nicht aus einem der unter γ angegebenen Gründe erfolgt, kann Käufer wie nach gem. Recht Gewährleistung nicht beanspruchen.

Wenn der Käufer den Rechtsmangel bei dem Kaufabschlusse kennt, so hat ihn Verkäufer nicht zu vertreten (§ 439).

2. Umfang der Verbindlichkeiten des Käufers.

α) Der Käufer ist dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967) zu erfüllen, er hat ihm also dafür einzustehen, daß er wegen solcher Verbindlichkeiten nicht in Anspruch genommen wird. Diese Verpflichtung liegt dem Käufer jedoch nicht ob, soweit ihm Verkäufer nach § 2376 dafür haftet, daß die Verbindlichkeiten, z. B. Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, nicht bestehen (§ 2378 Abs. 1). Aus der prinzipiellen Verpflichtung des Käufers folgt auch, daß Verkäufer von dem Käufer Ersatz verlangen kann, wenn er vor dem Verkaufe eine Nachlaßschuld erfüllt (§ 2378 Abs. 2).

β) Der Käufer hat dem Verkäufer die notwendigen Verwendungen zu ersetzen, die der Verkäufer vor dem Verkauf auf die Erbschaft gemacht hat, ohne Rücksicht auf eine dadurch erzielte Werterhöhung.

Dagegen hat für andere, also nicht notwendige, vor dem Verkaufe gemachte Aufwendungen, z. B. auf Verschönerungen, der Käufer nur insoweit Ersatz zu leisten, als durch sie der Wert der Erbschaft noch zur Zeit des Verkaufs erhöht ist (§ 2381).

γ) Der Käufer trägt von dem Kaufabschlusse an — anders nach § 446 — die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände (periculum); von diesem Zeitpunkte an trägt er auch die Lasten, ebenso wie ihm von da ab auch die Nutzungen gebühren (§ 2380).

b) Rechtsverhältnis der Kontrahenten gegenüber den Nachlaßgläubigern.

1. Der Verkäufer ist den Nachlaßgläubigern gegenüber, denen er nach wie vor verhaftet bleibt, trotzdem verpflichtet, den Verkauf der Erbschaft und den Namen des Käufers unverzüglich (§ 121) dem Nachlaßgericht anzuzeigen; die Anzeige des Verkäufers wird durch die des Käufers ersetzt. Das Nachlaßgericht hat die Einsicht der Anzeige jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht (§ 2384)[1].

2. Der Käufer haftet von dem Kaufabschlusse an den Nachlaßgläubigern, so daß diese, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers, ihre Ansprüche auch unmittelbar gegen den Käufer nach Maßgabe der §§ 2382, 2383 geltend zu machen befugt sind (vgl. oben S. 398). In Ansehung des Umfangs der Haftung kommt die Errichtung des Inventars durch einen von beiden, den Verkäufer oder den Käufer, auch dem anderen Teile zustatten, es sei denn, daß dieser unbeschränkt haftet[2].

III. Veräußerung einer Erbschaft durch andere Verträge.

a) Der Erbschaftskäufer kann die durch Vertrag erworbene Erbschaft auch weiter verkaufen. Auf einen solchen Weiterverkauf finden ebenso wie auf andere Verträge, die auf Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit, z. B. durch Erbschaftskauf von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind, also beispielsweise auf Schenkung, Tausch usw., die Vorschriften über den Erbschaftskauf entsprechende Anwendung. In allen diesen Fällen tritt deshalb auch eine direkte Haftung (vgl. oben II b 2) des Erwerbers gegenüber den Nachlaß-

[1]) Das gleiche gilt bei der Nacherbfolge (§ 2146).

[2]) Vgl. auch §§ 2004, 2063, 2144.

gläubigern unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Veräußerers O.H.G. 12 S. 64) ein (§ 2385 Abs. 1).

b) Im Falle einer Schenkung (a) ergibt sich ausnahmsweise eine Minderung der Verpflichtungen des Schenkers nach zwei Richtungen hin.

1. Den Schenker trifft die im § 2376 bestimmte Gewährleistungspflicht wegen eines Rechtsmangels nicht; er ist jedoch bei arglistigem Verschweigen des Mangels zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens gegenüber dem Beschenkten obligiert.

2. Eine Ersatzpflicht für die vor der Schenkung verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände oder für eine vor der Schenkung unentgeltlich vorgenommene Belastung dieser Gegenstände wird abweichend von § 2375 nicht anerkannt (§ 2385 Abs. 2).

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schles.